Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie und unter der Weimarer Reichsverfassung

Rüdiger Oswald

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554413_0062

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie und unter der Weimarer Reichsverfassung

Dissertation

vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der
Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaft (Dr.jur.)

von
Rüdiger Oswald

1974

Erstberichterstatter : Prof.Dr. Hubert Armbruster

Zweitberichterstatter: Prof.Dr. Wolf-Rüdiger Schenke

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juni 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

DISSERTATIONS- UND FOTODRUCK FRANK oHG
8 München 2, Gabelsbergerstraße 15, Tel. 2 8 0 9 0 9 0

in memoriam patris

Inhaltsübersicht

Seite:

Teil I 1

§ 1 Einführung 1

1. Problemstellung 1
2. Abgrenzung der Darstellung 2
   a) Zeitliche Abgrenzung 2
   b) Abgrenzung des Gegenstandes und des Prüfungsmaßstabes des richterlichen Prüfungsrechts 5
3. Formelles und materielles Prüfungsrecht 6
4. Richterliches Prüfungsrecht oder richterliche Prüfungszuständigkeit 6

Teil II 8

§ 1 Historischer Hintergrund 8

1. Das Ende des Absolutismus 8
2. Auflösung des Reichs und Neuordnung auf dem Wiener Kongreß 8
3. Art.13 der Deutschen Bundesakte und Art.57 der Wiener Sc hlußakte als Grundlage der Landesverfassungen 9
   a) Art.13 der Deutschen Bundesakte 10
   b) Art.57 der Wiener Schlußakte 10

§ 2 Die verfassungsrechtlichen Bedingungen des richterlichen Prüfungsrechts in der konstitutionellen Monarchie 12

1. Das Repräsentativsystem 12
2. Die Gewaltenteilung 14
3. Die richterliche Unabhängigkeit 16
4. Die konstitutionelle Verfassung 17

Teil III

Das richterliche Prüfungsrecht in der konstitutionellen Monarchie 19

§ 1 Die positiven Regelungen des richterlichen Prüfungsrechts und die Zielrichtung der wissenschaftlichen Erörterungen 19

Seite:

§ 2 Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen 21

I. Nach allgemeinen Kriterien 21

1. Einleitende Bemerkung 21

2. Kritik der Theorien der älteren Autoren zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen 22

a) Kontrasignatur 27
b) Promulgation 27
c) Publikation 28

3. Ergebnis des 3. und 4.Deutschen Juristentages (1862/63) zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen 29

4. Kritik der Theorien der Mehrheit der Autoren zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen 32

II. Nach der Landesverfassung Preußens von 1850 und der Reichsverfassung von 1871 35

1. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen nach der Landesverfassung Preußens von 1850 35

a) Art.106 Abs.1 PrV 36
b) Art.106 Abs.2 PrV 38

c) Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte des Art.106 PrV 43

aa) Art.106 Absatz 1 PrV enthält keine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts 43

bb) Art.106 Absatz 2 PrV enthält lediglich eine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber königlichen Verordnungen 44

d) Zusammenfassende Interpretation des Art.106 PrV 45

e) Stellung des Art.106 PrV zur Reichsverfassung von 1871 47

2. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen nach der Reichsverfassung von 1871 47

Seite:

a) Fortsetzung der konstitutionellen Monarchie im Deutschen Reich 47

b) Die Reichsverfassung von 1871 48

§ 3 Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen 49

I. Nach allgemeinen Kriterien 50

A) Kritik der das formelle und das materielle richterliche Prüfungsrecht verneinenden Theorien 50

1. Grundsätzliches 50

2. Kontrasignatur, Promulgation, Sanktion und Publikation 55

a) Die Ministerverantwortlichkeit und Kontrasignatur 55

b) Die Promulgation 58

c) Die Sanktion 65

d) Die Publikation 68

B) Kritik der das formelle und materielle richterliche Prüfungsrecht bejahenden Theorien 75

1. Die Gültigkeit des Gesetzes 75

2. Das Verhältnis des Gesetzes zur Verfassung 77

3. Der richterliche Verfassungseid 79

4. Das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahende, sich aber nicht ausdrücklich, jedoch in Sinnzusammenhang gesehen für das materielle richterliche Prüfungsrecht aussprechende Autoren 80

C) Kritik der das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahenden und das materielle verneinenden Theorien 82

1. Das Gesetz als Souveränitätsakt 82

2. Die Trennung von Staat und Gesellschaft 85

3. Das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahende, sich aber nicht ausdrücklich, jedoch im Sinnzusammenhang gesehen gegen das materielle richterliche Prüfungsrecht aussprechende Autoren 88

Seite:

D) Ergebnis des 4.Deutschen Juristentages zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen 92

II. Nach der Landesverfassung Preußens von 1850 und der Reichsverfassung von 1871 93

1. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen nach der Landesverfassung Preußens von 1850 93

2. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen nach der Reichsverfassung von 1871 96

a) Art.2 Satz 2 RV 96
b) Art.17 RV 103
c) Art.19 RV 106

§ 4 Zusammenfassung der Kritik des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen und Gesetzen in der konstitutionellen Monarchie 108

1. Verordnung 108

2. Gesetz 108

Teil IV

Das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Republik 110

§ 1 Die Übernahme der Staatsgewalt durch das Volk 110

I. Einleitende Bemerkung 110

II. Das richterliche Prüfungsrecht nach der Weimarer Verfassung 110

1. Übernahme des Staats durch die Gesellschaft 110

2. Keine Normierung des richterlichen Prüfungsrechts in der Weimarer Verfassung 111

§ 2 Das richterliche Prüfungsrecht in der Wissenschaft 115

I. Einleitende Bemerkung 115

II. Die auf logisch-dogmatischen Gedankengängen aufbauenden Theorien 115

1. Die das Prüfungsrecht verneinenden Autoren 115

Seiten:

2. Die das Prüfungsrecht bejahenden Autoren 119

III. Die auf juristisch-politischen Gedankengängen aufbauenden Theorien 121

1. Allgemeines 121

2. Die das Prüfungsrecht verneinenden Autoren 122

3. Die das Prüfungsrecht bejahenden Autoren 125

§ 3 Das richterliche Prüfungsrecht in der Rechtsprechung 127

I. Die Rechtsprechung bis zur Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts 127

II. Die Rechtsprechung nach der Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts 129

§ 4 Schlußbemerkung 130

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a.a.O.	=	am angeführten Ort
AcP	=	Archiv für civilistische Praxis
Abs.	=	Absatz
AegidisZ	=	Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte, herausgegeben von L.K. Aegidi, Berlin
Anm.	=	Anmerkung
AnnDR	=	Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
AÖR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	=	Artikel
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DR	=	Das Recht
DRZ	=	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	=	Deutsche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GießnZ	=	Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde und Schulte, Gießen
GruchBeitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J.A.Gruchot
HdbDStR	=	Handbuch des deutschen Staatsrechts, von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 1 1930, Band 2 1932, Tübingen
JheringsJahrbuch	=	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Jhering
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
N.F.	=	Neue Folge
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	=	Nummer

PrV	=	Preußische Verfassung vom 31.1.1850
RV	=	Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.4.1871
S.	=	Siehe
SJZ	=	Süddeutsche Juristenzeitung
Vgl.	=	Vergleiche
Vrhdl.der 1./2. Kammer 1849/1850	=	Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch das allerhöchste Patent vom 5.12.1848/30.5.1849 einberufenen Kammern, Berlin 1849/1850
Vrhdl.3./4.DJT	=	Verhandlungen des 3./4. Deutschen Juristentages, 1862/1863, herausgegeben von dem Schriftführeramt der ständigen Deputation, Berlin
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv
WRV	=	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11.8.1919
ZStaatsw.	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Literaturverzeichnis

Adamovich, Ludwig: Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, in Band 5, N.F. der Wiener Wissenschaftlichen Studien, herausgegeben von Hans Kelsen, Leipzig und Wien 1923

Anschütz, Gerhard: Besprechung von Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, in VerwArch. 1925, Band 30, Seiten 342 ff.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 10.Auflage 1929, 12.Auflage 1930, 14.Auflage 1932, Berlin

Anschütz, Gerhard: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2.Auflage, Tübingen und Leipzig 1901

Anschütz, Gerhard: Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band 4, 7.Auflage, Leipzig 1914

Anschütz, Gerhard - Thoma, Richard: Das Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 1 1930, Band 2 1932, Tübingen

Apelt, Willibalt: Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946

Apelt, Willibalt: Verfassung und richterliches Prüfungsrecht, JZ 1954, Seiten 401 ff.

Arndt, Adolf: Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1884

Arndt, Adolf: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901

Arndt, Adolf: Verfassung des Deutschen Reiches, 4.Auflage 1911, 5.Auflage 1913, Berlin

Arndt, Adolf: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 7.Auflage, Berlin 1911

Arndt, Adolf: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts bei Gesetzen, JW 1916, Seiten 809 ff.

Arndt, Adolf: Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen?, DR 1920, Spalte 105 ff.

Arndt, Adolf: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 2.Auflage 1921, 3. Auflage 1927, Berlin und Leipzig

Arndt, Adolf: Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1952, Seiten 1 ff.

Bachof, Otto: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, Spalte 377 ff.

Bachof, Otto: Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Recht und Staat, Heft 163/64, Tübingen 1951

Bachof, Otto: Zur Auslegung des Art.100 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, DVBl.1951, Seiten 13 ff.

Bachof, Otto: Anmerkung zu der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, Aktenzeichen Vf 127-V-50, DÖV 1951, Seiten 588 f.

Bachof, Otto: Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, NJW 1952, Seiten 242 ff.

Bachof, Otto: Anmerkungen zum Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 29.12.1953, NJW 1954, Seiten 510 ff.

Bähr, Otto: Rechtsstaat, Kassel-Göttingen 1864

Bar, L.von: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Band 1, 2.Auflage, Hannover 1889

Bartolomäus: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 13, Seite 595

Becker, Walter: Der richterliche Widerstand, SJZ 1947, Spalte 480 ff.

Below, Georg von: Vom Mittelalter zur Neuzeit, Leipzig 1924

Bendix, Ludwig: Recht und Pflicht des Richters zur Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Weimarer Verfassung, JW 1924, Seiten 527 ff.

Bendix, Ludwig: Neuere Gesetzgebung wider Treu und Glauben, DJZ 1924, Spalte 864 ff

Bernatzik, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886

Beschorner, J.H.: Die Ministerverantwortlicheit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen, Berlin 1877

Beschorner, J.H.: Zivilrechtspflege und Verwaltung im Königreich Sachsen, N.F., Band 24, Seiten 193 ff

Beseler, Georg von: System des gemeinen deutschen Privatrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin 1866

Betti, Emilio: Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967

Betti, Emilio: Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1952, Seiten 353 ff.

Betti, Emilio: Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaft, Tübingen 1962

Beyer, Bruno: Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt, in Heft 19 der Abhandlung aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, Breslau 1909

Beyer, Bruno: Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen, ZStaatsw. Band 67, Seiten 421 ff., Seiten 605 ff.

Bierer, Hermann: Handbuch des gesamten in Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1862

Bierling, Ernst-Rudolf: Juristische Prinzipienlehre, Tübingen 1894

Biermann, Johannes: Bürgerliches Recht, Berlin 1908

Binder, Julius: Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates, Langensalza 1926

Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885, Abteilung 7, Teil 1, Band 1 von Bindings Handbuch

Binding, Karl: Grundriß des Strafrechts, 7.Auflage, Allgemeiner Teil, Leipzig 1907

Bischof, Hermann: Verfassung, Gesetz und Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, GießnZ, Band 16, Seiten 235 ff., 385 ff., Band 17, Seiten 104 ff., 253 ff., 448 ff., Band 18, Seiten 129 ff., 302 ff., 393 ff.

Bischof, Hermann: Grenzen der provisorischen Gesetzgebung, in Historische Vierteljahresschrift 1857, Heft 3

Bischof, Hermann: Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, im Archiv für das öffentliche Recht des Deutschen Bundes, Band 3, Heft 3, Gießen 1860

Bluntschli, Johann-Caspar: Allgemeines Staatsrecht, München 1857

Bluntschli, Johann-Caspar: Deutsche Staatslehre und die heutige Staatenwelt, 2. Auflage, Nördlingen 1880

Bluntschli, Johann-Caspar: Geschichte der neueren Staatswissenschaft, Allgemeines Staatsrecht und Politik, Band 1: Geschichte der Wissenschaften in Deutschland, München-Leipzig 1881

Böckenförde, Christoph, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 33, Berlin 1966

Böhlau, Hugo: Mecklenburgisches Landrecht, Weimar 1871

Bornhak, Conrad: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896

Bornhak, Conrad: Preußisches Staatsrecht, 2.Auflage, Breslau 1911

Bornhak, Conrad: Die preußische Verfassung, Berlin 1921

Bornhak, Conrad: Deutsche Verfassungsgeschichte, Stuttgart 1934

Brackenhöft, T.: Erörterungen über die Materien des allgemeinen Teils von Lindes Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses, Leipzig 1842

Breuer: Juristische Wochenschrift, 1916, Seite 1110

Brie, Siegfried: Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, AÖR 1889, Band 4, Seiten 1 ff.

Brinkmann, Heinrich-Rudolf: Wissenschaftlich praktische Rechtskunde, Schleswig 1831

Broicher: Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch das allerhöchste Patent vom 5.12.1848 einberufenen 2. Kammer, Seite 561 ff, 1849

Brütt, Lorenz: Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907

Bühler, Otmar: Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?, DJZ 1921, Spalte 580 ff.

Bühler, Otmar: Die Reichsverfassung vom 11.8.1919, 3.Auflage, Leipzig und Berlin 1929

Bultmann, Rudolf: Geschichte und Eschatologie, Tübingen 1964

Calker, Wilhelm van: Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Band 19 des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen 1913

Crome, Carl: System des bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1900

Dahlmann, Friedrich-Christoph: Gutachten der Juristenfakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen die hannoversche Verfassungsfrage betreffend, Jena 1839

Dahs, Hans: Die Stellung des Richters im Bonner Grundgesetz, NJW 1949, Seiten 688 ff.

Dambitsch, Ludwig: Die Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin 1910

Dennewitz, Bodo: Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Hamburg 1948

Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 3.Auflage, Halle 1881/82

Dernburg, Heinrich: Pandekten, 6.Auflage, Berlin 1900

Dreyer, C.H.: Das deutsche Reichszivilrecht, Leipzig 1876

Dyroff, Hans-Dieter; AnnDR 1889, Seiten 924 ff.

Dyroff, Hans-Dieter: Der Wiener Kongreß, München 1966

Eckhardt, Rudolf: Montesquieu und die preußische Verfassung, Dissertation Erlangen 1896

Ebermayer, Ludwig - Lobe, Adolf - Rosenberg, Werner: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 3.Auflage, Berlin-Leipzig 1925

Ebers, Godehard-Josef: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, Berlin 1919

Endemann, Wilhelm: Der deutsche Zivilprozeß, Band 1, Berlin 1878

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. und 5. Auflage, Band 1, Marburg 1909

Feuerbach, Paul-Johann-Anselm von: Die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staats, kann sie durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden?, Nürnberg 1830

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1912

Fleiner, Fritz: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1822

Fleischmann, Max: Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, Heft 1 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, Breslau 1898

Fleischmann, Max: Die materielle Gesetzgebung, Handbuch der Politik, Band 1, 3.Auflage, Seiten 219 ff., Berlin-Leipzig 1920

Förster, Franz: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 3. Auflage, Berlin 1873

Förster, Franz - Eccius, M.E.: Preußisches Privatrecht, 7. Auflage, Berlin 1896

Franken, Alex: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig 1894

Freytagh-Loringhoven, Axel von: Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit, München 1924

Friedrich, Carl: Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1953

Friedrichs: Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, Das Recht 1924, Spalte 331 ff.

Frisch, Hans von: Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate, Berlin 1904

Frormann, Walter: AÖR 1899, Band 14, Seite 55

Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2.Auflage, Tübingen 1965

Gareis, Carl: Allgemeines Staatsrecht, Band 1, Halbband 1 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Freiburg-Tübingen 1883

Gerber, Carl-Friedrich von: Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1880

Gierke, Otto von: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895

Gierke, Otto von: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 1883, Seiten 1097 ff.

Giese, Friedrich: Deutsches Staatsrecht, Berlin-Wien 1930

Giese, Friedrich: Reichsverfassung vom 11.8.1919, 6.Auflage, Berlin 1926

Gmelin, Hans: Über den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht der Verhängung des Belagerungszustandes in Italien, Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Heft 12, Karlsruhe 1907

Gneist, Rudolf: Rechtsgutachten für den 4.Deutschen Juristentag, in Vrhdl.4.DJT, Band 1, Seiten 212 ff.,Berlin 1863

Gneist, Rudolf: Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?, 3.Auflage, Berlin 1863

Gneist, Rudolf: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Berlin 1869

Gönner, Nicolaus-Taddäus: Deutsches Staatsrecht, Landshut 1804

Görres: Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen nach der Reichsverfassung?, JW 1924, Seiten 1564ff.

Göz, Karl: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, auf der Grundlage des Handbuchs von Gaupp, Band 3, Halbband 1, Abteilung 2 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 3.Auflage, Tübingen-Leipzig 1904

Grewe, Wilhelm: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland, DRZ 1949, Spalte 65 ff., 313 ff., 349 ff., 392 ff.

Grau, Richard: Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen, AÖR N.F. 1926, Band 11, Seiten 245 ff.

Häberlin: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 1 1794, Band 2 1797, Berlin

Hänel, Albert: Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 1: Die vertragsmäßigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, Leipzig 1873

Hänel, Albert: Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 2: Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung, Leipzig 1880

Hänel, Albert: Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 3: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1880

Hänel, Albert: Deutsches Staatsrecht, Band 1, Leipzig 1892, Abteilung 5, Teil 1 von Bindings Handbuch

Hahn, C.: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Berlin 1879

Hatscheck, Julius: Englisches Staatsrecht, Tübingen 1905, Band 4, Halbband 2, 4.Abteilung I des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 139

Hatscheck, Julius: Das Parlamentsrecht des deutschen Reichs, Berlin-Leipzig 1915

Hatscheck, Julius: Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig-Erlangen 1919

Hatscheck, Julius: Deutsches und preußisches Staatsrecht, Band 1 1922 und 2 1923, Berlin

Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914

Heffter, August-Wilhelm: System des römischen und deutschen Zivilprozeßrechts, 2.Auflage, Bonn 1843

Held, Josef: System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, Würzburg 1856/57

Hellwig, Konrad: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 2, Leipzig 1907

Hellwig, Konrad: System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 1, Leipzig 1912

Hensel: AnnDR 1882, Seite 25

Hettner: Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und die richterliche Nachprüfung, Gruchbeitr.1927, Band 69, Seiten 145 ff.

Hiersemenzel, E.: Die Verfassung des norddeutschen Bundes, Berlin 1867

Hippel, Ernst von: Das richterliche Prüfungsrecht, HdbDStR Band 2, Seiten 546 ff.

Hippel, Ernst von: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, Berlin 1924

Hippel, Ernst von: Sind sittenwidrige Gesetze ungültig?, DJZ 1928, Spalte 1517 ff.

Hoffmann, Paul G.: Monarchisches Prinzip und Ministerverantwortlichkeit, Jena 1911

Hornbostel: Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 42,43, Berlin 1863

Huber, Ernst-Rudolf: Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 1 1957, Band 2 1960, Band 3 1963, Band 4 1969, Stuttgart-Berlin

Huber, Ernst-Rudolf: Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band 1 1961, Band 2 1964, Band 3 1966, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz

Huber, Ernst-Rudolf: Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Band 1 1949, Band 2 1951, Tübingen

Hubrich, Eduard: AnnDR 1916, Seite 703

Hubrich, Eduard: Das Reichsgericht über den Gesetz- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht, Berlin 1905

Hubrich, Eduard: Deutsches Fürstentum und deutsches Verfassungswesen, Leipzig 1905

Hubrich, Eduard: Preußisches Staatsrecht, Hannover 1909

Hubrich, Eduard: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, Greifswald 1921

Hübner, Rudolf: Die Staatsform der Republik, Bonn-Leipzig 1919

Jaques, H.: Gutachten für den 4.Deutschen Juristentag, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 240 ff., Berlin 1863

Jammers, Antonius: Die Heiderlberger Juristenfakultät im 19. Jahrhundert als Spruchkollegium, Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, N.F., 14. Abhandlung, Heidelberg 1964

Jellinek, Georg: Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880

Jellinek, Georg: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882

Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887

Jellinek, Georg: Das Recht des modernen Staates, Band 1: Allgemeine Staatslehre, 2.Auflage, Berlin 1905

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913

Jellinek, Walter: Revolution und Reichsverfassung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1920, Seiten 1 ff.

Jellinek, Walter: Verfassungswidrige Reichsgesetze, DJZ 1921, Spalte 753 ff.

Jellinek, Walter: Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht, JW 1925, Seiten 454 ff.

Jellinek, Walter: Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948

Jerusalem, Franz: Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1930

Jhering, Rudolf von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, Leipzig 1865

John: Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des Preußischen Staatsrechts, AegidisZ Band 1, Seiten 244 ff.

Jordan, Silvester: Versuche über allgemeines Staatsrecht, Marburg 1828

Jordan, Silvester: Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, AcP 1825, Band 8, Heft 2, Seiten 191 ff.

Juristenfakultät Heidelberg, mitgeteilt von Schweitzer, in Martins Jahrbuch, Band 1, Seiten 297 ff.

Juristenfakultät Leipzig, mitgeteilt von Schweitzer, in Martins-Jahrbuch 1826, Band 1, Seite 320

Ipsen, Hans-Peter: Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949, Seiten 486 ff.

Ipsen, Hans-Peter: Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Beiträge zum öffentlichen Recht, herausgegeben von Ernst Wolff, 1950, Seiten 19 ff.

Kahn, Julius: Inwieweit ist der deutsche Richter berechtigt und verpflichtet, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen?, AnnDR 1907, Seiten 481 ff., 597 ff.

Kahn, Richard: Untersuchungen zur Entstehungsgeschichte des Konstitutionalismus in Bayern, Dissertation, Heidelberg 1915

Kaltenborn, Carl von: Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht, Leipzig 1863

Keller, Friedrich-Ludwig von: Pandekten, 2.Auflage, Leipzig 1866

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911

Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925

Kelsen, Hans: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1929, Heft 5, Seiten 53 ff.

Kirchenheim, Arthur von: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Stuttgart 1887

Klee: Die richterliche Prüfung von Gesetzen, DRZ 1924, Spalte 149 ff.

Kleinberg: Das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze, LZ 1925, Spalte 628 ff.

Klüber, Johann-Ludwig: Übersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses, Frankfurt a.M. 1816

Klüber, Johann-Ludwig: Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urteils im Rechtsprechen, Frankfurt a.M. 1832

Koch, Gottfried: Beiträge zur Geschichte der politischen Ideen und der Regierungspraxis, Teil 1: Absolutismus und Parlamentarismus, Berlin 1862

Koellreutter, Otto: Richterliches Prüfungsrecht, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Band 5, Seiten 146 ff., Berlin-Leipzig 1928

Krieger, August: Das richterliche Prüfungsrecht von Reichsgesetzen, Dissertation, Göttingen 1904

Külz: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, DJZ 1926, Spalte 837 ff.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5.Auflage, Band 2, Tübingen 1911

Laband, Paul: Deutsches Reichsstaatsrecht, 6.Auflage, Band 1 des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen 1912

Leipold, Dieter: Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966

Liebenow, Wilhelm: Die Promulgation, Berlin 1901

Linde: In Monarchie mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze (Verordnungen) einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen, AcP 1833, Band 16, Seiten 305 ff.

Lindemann, O.: Berichtigung der in verkündeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen, AÖR, Band 14, Seiten 145 ff.

Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 13.Auflage, Berlin 1912

Lobe, Adolf: Die Grenzen der Gesetzgebung, LZ 1929, Spalte 865 ff.

Lukas, Josef: Die rechtliche Stellung des Parlaments, Graz 1901

Lukas, Josef: Über die Gesetzespublikation in Österreich und dem deutschen Reiche, Graz 1903

Mangoldt, Hermann von - Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, 2.Auflage, Berlin und Frankfurt 1966

Marschall von Bieberstein, F. von: Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, Berlin 1911

Martin, Heinrich : Die kurhessischen Verordnungen vom 4.7. und 28.9.1850, Marburg 1851

Martin, Heinrich : Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Anordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen, Kassel 1866

Martin (Kronoberanwalt): Der Umfang des landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den konstitutionellen deutschen Bundesstaaten, Celle 1865

Martitz, Ferdinand von: Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes, Leipzig 1868

Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman: Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 3.Auflage, München 1971

Maurer, Hartmut: Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung, DÖV 1963, Seiten 683 ff.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Auflage, Leipzig 1895/96

Mayer, Otto: Justiz und Verwaltung, Straßburger Rektoratsrede 1902

Mayer, Otto: Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909, Band 9 des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Meier, Ernst von: Holtzendorffs Rechtslexikon, 3.Auflage, Band 3, Seiten 225 ff. (Artikel "Prüfungsrecht") 1881

Meißner: Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder, 2.Auflage, Berlin 1923

Mende, Helmuth: Die richterlichen und die ihnen gleichgestellten Beamten, HdbDStR Band 2, Seiten 77 ff.

Mejer, Otto: Einleitung in das deutsche Staatsrecht, 2.Auflage, Freiburg-Tübingen 1884

Meyer, Georg: AnnDR 1878, Seite 375

Meyer, Georg - Anschütz, Gerhard: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6.Auflage, bearbeitet von Anschütz, Leipzig 1905

Minnigerode, Ludwig von: Was ist Justiz und was ist Administrativsache?, Darmstadt 1835

Mitteis, Heinrich - Lieberich, Heinz: Deutsche Rechtsgeschichte, 8.Auflage, München-Berlin 1963

Mittermaier, C.J.A.: Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, AcP 1821, Band 4, Heft 3, Seiten 305 ff.

Mohl, Robert von: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2. Auflage, Tübingen 1840

Mohl, Robert von: Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze nach belgischem Staatsrecht, Kritische Zeitschrift für Staatswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 1852, Band 24, Seiten 117 ff.

Mohl, Robert von: Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Teil 5: Die Geschichte und Literatur des allgemeinen konstitutionellen Staatsrechts, Erlangen 1855

Mohl, Robert von: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Monographien, Tübingen 1860

Mohl, Robert von: Das deutsche Reichsstaatsrecht, Tübingen 1873

Morstein-Marx, Fritz: Artikel 13 Absatz 2 und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit, AÖR,N.F.,1924, Band 6, Seiten 218 ff.

Morstein-Marx, Fritz: Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927

Moser, Johann-Jakob: Ihro Römisch-Kayserlichen Majestät Karls VII. Wahl-Kapitulation, Frankfurt a.M. 1742

Moser, Johann-Jakob: Landeshoheit in Regierungssachen, Frankfurt-Leipzig 1772

Moser, Johann-Jakob: Von der deutschen Justizverfassung, Teil 1, Frankfurt-Leipzig 1774

Müller-Meiningen, Ernst: Was dem deutschen Richter not tut, DJZ 1925, Spalte 1532 ff.

Nawiasky, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht, München-Leipzig 1923

Nawiasky, Hans: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920

Nawiasky, Hans: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1923, Spalte 40

Oetker, Friedrich: Lebenserinnerungen, Band 3, Kassel 1885

Oertmann, Paul: Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Erlangen 1909

Pape: Vrhdl. 3.DJT, Band 2 Seiten 38,39, Berlin 1862

Passow, Richard: Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland, Tübingen 1904

Pfeiffer, B.W.: Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Hannover 1825

Pfeiffer, B.W.: Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, Göttingen 1851

Pfizer, von: Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz, Stuttgart 1828

Planck, J.W.: Die verbindliche Kraft der nicht auf verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Jhering, Jena 1868, Band 9, Seite 288

Planck, J.W.: Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 45 f., Berlin 1863

Poetzsch, Fritz - Heffter, Heinrich: Handkommentar zur Reichsverfassung vom 11.8.1919, 3.Auflage, Berlin 1928

Poezl, Josef von: Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, 5.Auflage, München 1877

Puchta, Georg F.: Pandekten, 4.Auflage, Leipzig 1848

Puchta, Georg F.: Vorlesungen über das heutige römische Recht, 3.Auflage, Leipzig 1852

Radbruch, Gustav: Richterliches Prüfungsrecht?, Die Justiz 1925, Band 1, Seiten 12 ff.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten, Abteilung 1, Teil 7, Band 1 von Bindings Handbuch, Leipzig 1893

Rehm, Hermann: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Freiburg-Leipzig 1896, Einleitungsband, Abteilung 1 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Rehm, Hermann: Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899, Einleitungsband, Abteilung 2 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, herausgegeben von Seydel

Reichel, Hans: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915

Reichensperger: Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 28, Berlin 1862

Roenne, Ludwig von: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.1.1850, 3.Auflage, Berlin 1859

Roenne, Ludwig von: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 3.Auflage, Leipzig 1869

Roenne, Ludwig von: Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 2.Auflage, Leipzig 1876/77

Roenne, Ludwig von: Über das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nach Preußischem Staatsrecht, AegidisZ Band 1, Seiten 391 ff.

Roenne, Ludwig von - Zorn, Philipp: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5.Auflage, Leipzig 1897

Rosin, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2.Auflage, Berlin 1895

Roth, Paul von: System des deutschen Privatrechts, Band 1, Tübingen 1880

Roth, Paul von: Bayerisches Zivilrecht, 2.Auflage, Tübingen 1881

Salinger: Das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der Gültigkeit von Verordnungen, Recht 1924, Spalte 351 ff.

Sarwey, Otto von: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Tübingen 1883

Sarwey, Otto von: Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg-Tübingen 1884, Band 1, Halbband 2 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Savigny, Friedrich-Carl von: System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840

Schätzel, Werner: Gegenwartsfragen des richterlichen Prüfungsrechts, NJW 1948, Seiten 450 ff.

Schaffrath, Walter: Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, Leipzig 1842

Schaffrath, Walter: Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Dresden 1863

Schmid, Karl: Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts, Jena 1821

Schmidt, Richard: Allgemeine Staatslehre, Band 1, Leipzig 1901, Abteilung 3, Band 1 des Hand- und Lehrbuchs der Staatsrechtswissenschaften

Schmitt, Carl: Der Hüter der Verfassung, AÖR, N.F., 1929, Band 16, Seiten 161 ff.

Schmitt, Carl: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band 1, Seiten 155ff., Festgabe für das Reichsgericht, herausgegeben von Otto Schreiber, Berlin-Leipzig 1929

Schmitt, Carl: Hüter der Verfassung, Tübingen 1931

Schmitthenner, Friedrich: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Band 3 der zwölf Bücher vom Staate, Gießen 1845

Schoen, Paul: Die formellen Gesetze, Die Verordnungen, Handbuch der Politik, Band 1, Seiten 284 ff., 292 ff., Berlin-Leipzig 1912

Schücking, Walter: Neue Ziele der staatlichen Entwicklung 1.Auflage, Marburg 1913

Schulze, Hermann: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1881

Schulze, Hermann: Das Preußische Staatsrecht, 2.Auflage, Leipzig 1888

Schwartz, Wilhelm: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 2.Auflage, Breslau 1898

Seuffert, Johann-Adam: Praktisches Pandektenrecht, 4.Auflage, Würzburg 1860

Seydel, Max von: Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg-Leipzig 1893

Seydel, Max von: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, 2.Auflage, Leipzig 1897

Seydel, Max von: Bayerisches Staatsrecht, 1.Auflage 1884, 2.Auflage 1896, Freiburg i.B. - Leipzig

Seydel, Max von - Piloty,Robert: Bayerisches Staatsrecht, Band 1, neu bearbeitet von Piloty, Tübingen 1913, Band 21 Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Sieburg: Preußisches Verwaltungsblatt, Band 32, Heft 20, Seite 309

Simon, Heinrich-August, Das preußische Staatsrecht, Band 1, Seite 300, Breslau 1844

Simons: Das Reichsgericht in Gegenwart und Zukunft, DJZ 1924, Spalte 241 ff.

Simons, Walter: Reichsverfassung und Rechtsprechung, ZStaatsw. 1926, Band 81, Seiten 385 ff.

Simonson: Zur Rechtsgültigkeit der 3.Steuernotverordnung, Recht 1924, Spalte 109 ff.

Smend, Rudolf: Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen, Göttinger Preisschrift 1904

Smend, Rudolf: Das Reichskammergericht, Band 1, Weimar 1911

Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, München-Leipzig 1928

Sontag, Karl-Richard: Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, Freiburg i.B. 1874

Spanner, Hans: Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951

Stabel, Anton: Vorträge über das französische und badische Zivilrecht, Freiburg 1843

Stahl, Friedrich-Julius: Die Philosophie des Rechts, Band 2, Rechts- und Staatslehre, 5.Auflage, Freiburg i.B. 1878

Stein, Lorenz von: Die Verwaltungslehre, Teil 1, Stuttgart 1865

Steiner, Alfons: Die Stellung der Justiz in den Verfassungen der großen Demokratien, NJW 1947, Seiten 49 ff.

Steinitz, Julius: Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts, Breslau 1901, Heft 4 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht

Stengel, Karl von: Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg-Leipzig 1894, Band 2 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Stier-Somlo, Fritz: Kommentar zur Verfassung des Freistaats Preußen vom 30.11.1920, Berlin 1921

Stier-Somlo, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band 1, Berlin Leipzig 1924

Stobbe, Otto: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3.Auflage, Band 1, Berlin 1893

Stockmar, E. von: Ist der deutsche Richter an allgemeine landesherrliche Konstitutionen gebunden, welche ohne die nach Vorschrift der Verfassung einzuholende ständische Zustimmung erlassen sind?, GießnZ, Band 10, N.F., Seiten 18 ff., 213 ff.

Stubenrauch, von: Gutachten für den 4.Deutschen Juristentag, Vrhdl. 4.DJT Band 1, Seiten 201 ff., Berlin 1863

Tezner, Friedrich: Über die gehörige Kundmachung von Gesetzen nach österreichischem Verfassungsrechte, Wiener juristische Blätter 1887, Seiten 37 ff., 49 ff., 61 ff., 75 ff., 89 ff., 101 ff.

Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im badischen Recht, Teil 1, Tübingen 1906

Thoma, Richard: Das richterliche Prüfungsrecht, AÖR 1922, Band 43, N.F., Seiten 267 ff.

Thoma, Richard: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1922, Spalte 729 ff.

Thoma, Richard: Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1925, Spalte 753 f.

Thoma, Richard: Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band 1, Seiten 179 ff., Festgabe für das Reichsgericht, herausgegeben von Schreiber, Berlin-Leipzig 1929

Thudichum, Friedrich: Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zollvereins, Tübingen 1870

Triepel, Heinrich: Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AÖR 1920, Band 39, Seiten 456 ff.

Triepel, Heinrich: Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Beiträge zur Auslegung des Art.19 der Weimarer Reichsverfassung, Teil der Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923

Triepel, Heinrich: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1929, Heft 5, Seiten 12 ff.

Ullmann, Emanuel: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich der inneren Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen, ZStaatsw. 1868, Band 24, Seiten 333 ff.

Unger, Friedrich-Wilhelm: Geschichte der deutschen Landstände, 2 Bände, Hannover 1844

Unger, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2.Auflage, Leipzig 1863

Vangerow, Karl-Adolph von: Leitfaden für Pandektenvorlesungen, 3.Auflage, Band 1, Marburg-Leipzig 1845

Vangerow, Karl-Adolph von: Lehrbuch der Pandekten, 6.Auflage, Marburg 1851

Vollert, Anton: Hat der Richter ein Gesetz anzuwenden, welches ohne die nach der Verfassung erforderliche Einwilligung der Stände erlassen worden ist?, ZStaatsw, 1854, Band 10, Seiten 586 ff.

Wächter, Georg von: AcP, Band 24, Seite 238

Wächter, Georg von: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842

Wahl, Kurt: Rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen zur Stellung der Gerichte, SJZ 1947, Spalte 289 ff.

Waldecker, Ludwig: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, AÖR, N.F., 1927, Band 13, Seiten 59 ff.

Waldecker, Ludwig: Die Verfassung des Freistaates Preußen, 2. Auflage, Berlin 1928

Walz, Ernst: Badisches Staatsrecht, Tübingen 1909

Wassertrüdinger: Darf der Richter die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nachprüfen?,JW 1925, Seiten 44 ff.

Weber: in Beiträge zum konstitutionellen Staatsrecht 1833, Seite 44 ff.

Weber, G.: Das rheinische Assisenpräsidium und die Unabhängigkeit der Gerichte, in Nr. 16-20 der Teutschen Vaterlandszeitung, abgedruckt in den Beiträgen zum constitutionellen teutschen Staatsrechte, Heft 2, Seiten 38 ff, Darmstadt 1833

Weishaar, Jakob-Friedrich von: Handbuch des Württembergischen Privatrechts, Stuttgart 1831

Westerkamp, J.B.: Über die Reichsverfassung, Hannover 1873

Wielandt, Friedrich: Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, 1895, Band 3, Halbband 1, Abteilung 3 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 4.Auflage, Band 1, Düsseldorf 1875

Wittmayer, Leo: Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1922

Zachariae, Carl-Salomo: Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehen, zu erlassen berechtigt gewesen sei?, AcP Band 16, Seiten 145 ff.

Zachariae, Heinrich-Albert: Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2.Auflage, Göttingen 1854

Zachariae, Heinrich-Albert - Pfeiffer, F.: Rechtliche Beleuchtung der Kurhessischen Septemberverordnungen, verfaßt von Pfeiffer, Göttingen 1851

Zöpfl, Heinrich: Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Heidelberg-Leipzig 1855/56

Zorn, Philipp: Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1: Das Verfassungsrecht, 2.Auflage, Berlin 1895

I. Teil

§ 1 Einführung

1. Problemstellung

Für das Verhältnis von Rechtsprechung zu Gesetzgebung und Verwaltung ist die Frage des richterlichen Prüfungsrechts von allgemeiner Bedeutung. Es geht hierbei um die Frage, ob dem Richter die Befugnis zukommt, einschlägige Normen, die er anwenden will, auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit hin zu überprüfen und ihnen die Anwendung zu versagen, wenn sie verfassungs- oder gesetzwidrig sind.

Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland fehlt eine umfassende ausdrückliche Regelung des richterlichen Prüfungsrechts. Art.100 Abs.1 hat nur die richterliche Verwerfungsbefugnis gegenüber formellen nachkonstitutionellen Gesetzen zum Gegenstand, setzt damit aber konkludent die Pflicht des einfachen Gerichts voraus, jede Norm auf ihre Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit zu überprüfen. Die Verwerfungsbefugnis wird nur bezüglich formeller nachkonstitutioneller Gesetze bei dem Verfassungsgericht konzentriert[1]. Andere rechtswidrige Normen können die mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichte ohne Einschaltung des Verfassungsgerichts außer Anwendung lassen[1a].

Es ist somit "festzuhalten, daß die Entscheidung zu Gun-

---

1) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, Band 1, Seite 188 f.; Band 2, Seite 410 f.; Band 17, Seite 210 (unter Hinweis auf BVerfGE Band 1, Seite 292)

1a) BVerfGE Band 1, Seite 197; Band 10, Seite 127 (unter Hinweis auf BVerfGE Band 1, Seite 197)

sten eines richterlichen Prüfungsrechts nicht in Art.100 Abs.1 des Bonner Grundgesetzes getroffen, sondern in dieser Bestimmung lediglich vorausgesetzt und bestätigt"[1b)] ist. Das richterliche Prüfungsrecht ist Art.100 Abs.1 "gleichsam immanent"[1c)]. Seiner Anerkennung geht eine stufenweise allmähliche Entwicklung voraus. In der konstitutionellen Monarchie wird überwiegend bejaht, daß die Gerichte untergesetzliche Rechtsvorschriften sowohl formell als auch materiell auf die Übereinstimmung mit höherrangigen Normen zu untersuchen haben; gegenüber Gesetzen jedoch wird das richterliche Prüfungsrecht nur insofern zugelassen, als zweifelhaft ist, ob diese formell ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet sind, oder die Übereinstimmung der Landesgesetze mit Reichsrecht in Frage steht, da Reichsrecht Landesrecht bricht. Der Durchbruch zum materiellen richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen vollzieht sich dann während der Weimarer Republik, eingeleitet durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4.11.1925[1d)].

Um zu einem tieferen Verständnis der Tragweite des richterlichen Prüfungsrechts zu gelangen, wird in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt, wie während des Konstitutionalismus und nach dem Übergang zur Weimarer Republik die Frage des richterlichen Prüfungsrechts behandelt wird.

2. Abgrenzung der Darstellung

a) Zeitliche Abgrenzung

Die Entstehung geschriebener Verfassungen zu Beginn des

1b) Stern, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK), Hamburg, 1950 ff., Art.100, Rdnr.6

1c) Stern, a.a.O.

1d) Amtliche Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen, Band 111, Seiten 320 ff.

I. Teil

§ 1 Einführung

1. Problemstellung

Für das Verhältnis von Rechtsprechung zu Gesetzgebung und Verwaltung ist die Frage des richterlichen Prüfungsrechts von allgemeiner Bedeutung. Es geht hierbei um die Frage, ob dem Richter die Befugnis zukommt, einschlägige Normen, die er anwenden will, auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit hin zu überprüfen und ihnen die Anwendung zu versagen, wenn sie verfassungs- oder gesetzwidrig sind.

Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland fehlt eine umfassende ausdrückliche Regelung des richterlichen Prüfungsrechts. Art.100 Abs.1 hat nur die richterliche Verwerfungsbefugnis gegenüber formellen nachkonstitutionellen Gesetzen zum Gegenstand, setzt damit aber konkludent die Pflicht des einfachen Gerichts voraus, jede Norm auf ihre Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit zu überprüfen. Die Verwerfungsbefugnis wird nur bezüglich formeller nachkonstitutioneller Gesetze bei dem Verfassungsgericht konzentriert[1]. Andere rechtswidrige Normen können die mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichte ohne Einschaltung des Verfassungsgerichts außer Anwendung lassen[1a].

Es ist somit "festzuhalten, daß die Entscheidung zu Gun-

---

1) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, Band 1, Seite 188 f.; Band 2, Seite 410 f.; Band 17, Seite 210 (unter Hinweis auf BVerfGE Band 1, Seite 292)

1a) BVerfGE Band 1, Seite 197; Band 10, Seite 127 (unter Hinweis auf BVerfGE Band 1, Seite 197)

sten eines richterlichen Prüfungsrechts nicht in Art.100 Abs.1 des Bonner Grundgesetzes getroffen, sondern in dieser Bestimmung lediglich vorausgesetzt und bestätigt"[1b)] ist. Das richterliche Prüfungsrecht ist Art.100 Abs.1 "gleichsam immanent"[1c)]. Seiner Anerkennung geht eine stufenweise allmähliche Entwicklung voraus. In der konstitutionellen Monarchie wird überwiegend bejaht, daß die Gerichte untergesetzliche Rechtsvorschriften sowohl formell als auch materiell auf die Übereinstimmung mit höherrangigen Normen zu untersuchen haben; gegenüber Gesetzen jedoch wird das richterliche Prüfungsrecht nur insofern zugelassen, als zweifelhaft ist, ob diese formell ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet sind, oder die Übereinstimmung der Landesgesetze mit Reichsrecht in Frage steht, da Reichsrecht Landesrecht bricht. Der Durchbruch zum materiellen richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen vollzieht sich dann während der Weimarer Republik, eingeleitet durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4.11.1925[1d)].

Um zu einem tieferen Verständnis der Tragweite des richterlichen Prüfungsrechts zu gelangen, wird in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt, wie während des Konstitutionalismus und nach dem Übergang zur Weimarer Republik die Frage des richterlichen Prüfungsrechts behandelt wird.

2. Abgrenzung der Darstellung

a) Zeitliche Abgrenzung

Die Entstehung geschriebener Verfassungen zu Beginn des

1b) Stern, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK), Hamburg, 1950 ff., Art.100, Rdnr.6

1c) Stern, a.a.O.

1d) Amtliche Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen, Band 111, Seiten 320 ff.

19.Jahrhunderts begrenzen diese Darstellung des richterlichen Prüfungsrechts zur älteren Vergangenheit hin, denn durch diese geschriebenen Verfassungen erfährt die monarchische Gewalt die Einschränkung, daß in Freiheit und Eigentum nur mit Zustimmung der Kammern eingegriffen werden darf. In die verfassungsrechtlich geschützte Sphäre des Einzelnen kann nun nicht mehr der Monarch allein durch "Anordnungen" - außer durch Notverordnungen - eingreifen, sondern es bedarf hierfür eines Gesetzes, dem die Kammern zugestimmt haben müssen.

Davor, im Absolutismus, war diese Differenzierung nicht bedeutsam; es bestand grundsätzlich rechtlich kein Unterschied zwischen "Landrecht", "Ordnung", "Edikt", "Reskript", "Gesetz" oder ähnlichen Bezeichnungen. Der "Unterschied war mit der Ausdehnung der landesherrlichen Gewalt zur absoluten verschwunden"[2]. Es konnte daher nur geprüft werden, ob ein Befehl des Monarchen überhaupt vorlag[3], dagegen nicht, ob jener inhaltlich rechtswidrig war; denn auch sein rechtswidriger Befehl war bindend[4].

---

2) Jellinek Georg, Gesetz und Verordnung, Seiten 106 und 121

3) Also insbesondere die Publikation. Diese Prüfung wird kaum von jemandem bestritten. S. auch Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Seite 40, und die Rede des Abgeordneten Simson in den Verhandlungen der 2. Kammer über die Preußische Verfassung, (Vrhdl. der 2. Kammer 1850, 4, Seite 2077 ff.) in der Sitzung vom 26.1.1850, welcher aus eigener Richtererfahrung eine solche Prüfung bestätigt. Im übrigen ist man sich durchaus einig, daß eine Prüfung im absoluten Staate ausgeschlossen ist. S. auch Bischof in GießnZ, Band 16, Seite 275 - Gneist, Rechtsgutachten für den 4. Deutschen Juristentag, in Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seite 226 - Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Seite 630

4) Ein anderer Sachverhalt liegt wohl dann vor, wenn der Monarch gewisse Schranken in der Weise aufstellt, daß er an die Nichterfüllung die Nichtverbindlichkeit knüpft, so zum Beispiel in § 12 der Einleitung zum Allgemeinen Gesetzbuch für die preußischen Staaten von 1791: "Ein ohne der gleichen Prüfung (gemeint ist: durch

Mit Inkrafttreten der Verfassungen tritt also insofern ein Wandel ein, als die Normengebung mit oder ohne Zustimmung der Kammern zu erfolgen hat, je nachdem ob ein Gesetz nötig ist oder eine Verordnung genügt. Damit ergibt sich die Notwendigkeit, auch inhaltlich zwischen Gesetz und Verordnung zu unterscheiden[5] und demgemäß aufgeteilt wird nachfolgend die Frage des richterlichen Prüfungsrechts erörtert[6]. In der konstitutionellen Monarchie wird bei der Stellungnahme zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Rechtsverordnungen, wie später im einzelnen zu zeigen sein wird, zum Teil unterschieden, zwischen den vom Monarchen erlassenen, und sonstigen durch die Verwaltung statuierten Rechtsverordnungen.

---

die Gesetzeskommission) bekanntgemachtes Gesetz ist in Ansehung des dadurch beeinträchtigten Staatsbürgers unverbindlich und ohne Wirkung". Solche Bestimmungen sind so zu erklären, daß dem Richter eine Prüfung zugestanden wird, ob die Bedingungen der Rechtmäßigkeit erfüllt sind, also ob zum Beispiel die Beratung durch die Gesetzeskommission stattgefunden hat (vgl. Zöpfl, a.a.O., Seite 630), so daß er also gegebenen Falls von seinem Gehorsam entbunden wird. Die Gewährung dieser Prüfung kann immer wieder zurückgenommen werden, aber man wird nicht annehmen dürfen, daß in dem Erlaß eines Gesetzes ohne Erfüllung jener Schranken schon ohne weiteres die Zurücknahme liegt. Insoweit kann also im absolut regierten Staat eine einstweilen geltende und praktisch vorhandene Schranke für den landesherrlichen Willen errichtet werden.

5) Gmelin Hans, Über den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht der Verhängung des Belagerungszustandes in Italien, Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Heft 12, Seite 3, Karlsruhe, 1907: "Mit Trennung der Organe für Gesetzgebung und Verwaltung hat man nur das eine gewonnen, daß man nun die im Wege der Gesetzgebung ergehenden Anordnungen als Gesetze und die von dem Inhaber der vollziehenden Gewalt allein ergehenden Anordnungen als Verordnungen bezeichen kann".

6) Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band 4, Seiten 166, 167, sagt daher: "Die Verordnungsgewalt ist subjektiv identisch mit der vollziehenden Gewalt der Verwaltung".

b) Abgrenzung des Gegenstandes und des Prüfungsmaßstabes des richterlichen Prüfungsrechts

Prüfungsgegenstand sind Gesetze oder Verordnungen, die, soweit sie beim Rechtsprechen als entscheidungserhebliche Normen anzuwenden sind, daraufhin überprüft werden, ob sie nach Inhalt oder nach Art ihres Zustandekommens dem Maßstab der Verfassung oder des Gesetzes entsprechen[7)7a)]. Sonach stellt das Prüfungsrecht des Richters gegenüber Gesetz und Verordnung eine Kontrolle dar, daß die Grenzen eingehalten werden, die dem Normengeber durch Verfassung und Gesetz gezogen sind[8)].

Wie oben gesagt, hat die Arbeit nur die Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit von Normen zum Gegenstand. Die Frage, inwieweit Gesetze und Verordnungen über das positive Recht hinaus durch den Richter auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten überpositiven Rechtsgrundsätzen naturrechtlicher Herkunft überprüft werden können, stellt sich in der konstitutionellen Monarchie nicht. Der insbesondere in der 2. Hälfte des 19.Jahrhunderts, aber auch

---

7) Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Seite 2

7a) Eine Frage des richterlichen Prüfungsrechts ist es auch, ob eine ursprünglich gültige Norm durch eine spätere Norm beseitigt oder inhaltlich verändert worden ist (BVerfGE Band 10, Seite 128); in der vorliegenden Darstellung hat sie jedoch außer Betracht zu bleiben, da hierdurch der Richter in seiner Funktion als "Hüter der Verfassung" nicht berührt wird.

8) Vgl. Jellinek Georg, Gesetz und Verordnung, Seite 397. Das in älterer Zeit viel diskutierte Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Anordnungen der Staatsgewalt hat mit den Rechtsschutzeinrichtungen des konstitutionellen Staates seine Erledigung gefunden, es kann von einem aktiven oder passiven Widerstand nicht mehr die Rede sein. Der Gedankenkreis des "Widerstandsrechts" und des "richterlichen Prüfungsrechts" ist allerdings derselbe.

noch zu Beginn des 20.Jahrhunderts herrschende Rechtspositivismus, erkennt überpositive naturrechtliche Normen nicht an. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen muß sich unter dieser Voraussetzung mit der nach ihrer Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit decken.

3. Formelles und materielles Prüfungsrecht

Das formelle Prüfungsrecht hat die Überprüfung zum Inhalt, ob der betreffende Rechtssatz unter Beachtung der in der höherrangigen Norm vorgeschriebenen Form zustande gekommen ist. Das materielle Prüfungsrecht bezieht sich auf die inhaltliche Übereinstimmung des Rechtssatzes mit höherrangigen Normen, insbesondere mit der Verfassung.

4. Richterliches Prüfungsrecht oder richterliche Prüfungszuständigkeit.

Verschiedentlich sind Bedenken gegen den Begriff "Prüfungsrecht" erhoben worden[9], da er ungenau sei; es wird eingewendet, man könne darunter verstehen, daß es sich um ein Recht des Richters handle, welches ihm ermögliche, die Prüfung nach freiem Ermessen durchzuführen, und welches auszuüben in seinem Belieben stehe[10]. Diese Ansicht sieht die Bedeutung des Wortes "Prüfungsrecht" im subjektiven Sinne, also in einem dem Richter verliehenen subjektiven Recht[10a]. Um diese mißverständliche Interpretation zu vermeiden, spricht ein Teil des Schrifttums von "richterlicher

---

9) Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Seite 3

10) Morstein-Marx, a.a.O.

10a) Vgl. Jellinek Walter, Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, Seite 269

Prüfungszuständigkeit"[11]. Diesem ist darin beizupflichten, daß das richterliche Prüfungsrecht nur als objektivrechtliche Kompetenz und nicht als subjektives Recht zu begreifen ist. Es verleiht dem Richter keine Rechtsmacht zur Verteidigung seiner rechtlich geschützten Interessen, wie es für die Annahme eines subjektiven Rechts erforderlich wäre. Trotzdem soll der Begriff des "richterlichen Prüfungsrechts", da er sich als solcher eingebürgert hat, hier beibehalten werden, zumal diese Terminologie, versteht man das richterliche Prüfungsrecht in einem rein objektivrechtlichen Sinne, durchaus ihre Berechtigung hat.

---

11) Morstein-Marx, a.a.O. - Ipsen, Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949, Seite 486 - Bachof, Zur Auslegung des Art.100 Abs.1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1951, Seite 13 - Grewe, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland, DRZ 1949, Spalte 394

II. T e i l

§ 1 Historischer Hintergrund

Die geistige Auseinandersetzung um das richterliche Prüfungsrecht ist in dem Spannungsfeld der etwa einhundertjährigen Entwicklung der konstitutionellen Monarchie von der absoluten Monarchie zur parlamentarischen Demokratie zu sehen.

1. Das Ende des Absolutismus

Die Französische Revolution leitet die Reihe der großen bürgerlichen Revolutionen auf dem Kontinent ein, deren letzte die des Jahres 1848 ist. Das demokratische Gedankengut, die Volkssouveränität, die Teilung der Gewalten, die Unantastbarkeit der Freiheit der Person und die Gleichheit vor dem Gesetz, setzt sich seitdem in wachsendem Maße durch. Doch trifft die Revolution zunächst noch nicht wie in Nordamerika auf ein wirklich vorbereitetes Volk. Sie kommt nicht wie dort und wie im ganzen auch im England des 17.Jahrhunderts gleichsam als Abschluß einer langen Entwicklung, sondern sie wirkt wie ein Erdrutsch, der der geschichtlichen Bewegung Europas auch außerhalb Frankreichs den Anschein einer ungeheueren Beschleunigung gibt, bis sie durch den Wiener Kongreß wieder in ein ruhigeres Fahrwasser gelenkt wird.

2. Auflösung des Reichs und Neuordnung auf dem Wiener Kongreß

Mit der Auflösung des deutschen Reiches gibt es für die deutschen Staaten keine gemeinsame rechtserzeugende Staatsgewalt mehr. Die frühere staatsrechtliche Einheit geht in der Souveränität der Einzelstaaten auf. Auf dem Wiener Kongreß wird daher das untergegangene Reich neu

geordnet. Einen Hauptstreitpunkt bildet die Frage nach der Repräsentation der Gesellschaft im Staate. Das Prinzip, die Bürger an der Ausübung der Staatsgewalt teilnehmen zu lassen, hat sich auch in Deutschland durchgesetzt. Zu jener Zeit wird schon allenthalben in Deutschland das Verlangen nach einer landständischen Verfassung laut, in der sämtliche Bevölkerungsklassen Vertretung und den Landständen wesentliche Rechte eingeräumt werden sollen[12]. Die Regierungen zeigen sich zunächst diesem Verlangen allgemein geneigt und stellen auf dem Kongreß die verschiedensten Anträge, um jene Forderungen zu verwirklichen[13]. Schließlich gelingt aber den restaurativen Kräften sich dem neuen, der Revolution entstammenden nationaldemokratischen Legitimitätsprinzip zu widersetzen und den demokratischen und nationalen Willen der "Liberalen" zu hemmen. Man einigt sich aber in Art.13 der "Deutschen Bundesakte" vom 8.Juni 1815 - dem Grundvertrag und der völkerrechtlichen Grundlage des deutschen Bundes - auf der sich die deutschen Staaten neue Verfassungen geben, auf die Zielsetzung, "daß in allen Bundesländern eine landständische Verfassung stattfinden wird"[14].

3. Art.13 der Deutschen Bundesakte und Art.57 der Wiener Schlußakte als Grundlage der Landesverfassungen

---

12) Klüber, Übersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses, S.195 ff.

13) Näheres bei Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, § 330 - Held, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, §§ 190 ff. - Kaltenborn, Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht

14) Klüber, a.a.O., Anhang Seite 122; Akten des Wiener Kongresses, Band 2, Seite 558 ff. - Linde, AcP Band 16, Seite 307

a) Art.13 der Deutschen Bundesakte

Durch den Begriff "landständische Verfassung" in Art.13 ist zum mindesten gesagt, daß es in den Gliedstaaten Landstände geben müsse. Kernfrage ist, ob darunter eine Vertretungskörperschaft altständischen Stils oder eine moderne Volksrepräsentation zu verstehen sei. Obwohl das Wort "Stände" die erstgenannte Deutung nahelegt, kann an deren Rückkehr nicht mehr gedacht werden, denn die sozialen und politischen Grundlagen des alten Ständestaates des Heiligen Römischen Reiches hat in der Mehrzahl der deutschen Länder zunächst der Absolutismus, dann die aufkommende bürgerliche Gesellschaft eingeebnet. Die Landstände altständischen Stils sind die Vorstufe zum modernen Repräsentativstaat.

Zwischen den Landständen im Sinne historischer Stände und im Sinne einer Repräsentation des Volkes in seiner Sozialstruktur zu Beginn des 19.Jahrhunderts wird dem Art.13 der Deutschen Bundesakte allgemein die Bedeutung beigemessen, daß den Ländern aufgegeben sei, das repräsentative System in Form einer möglichst in zwei Kammern gegliederten Volksvertretung zu verwirklichen[15].

b) Art.57 der Wiener Schlußakte

Art.57 der Wiener Schlußakte vom 15.Mai 1820, des "zweiten Bundesgesetzes", bestätigt den Monarchen als alleinigen Inhaber der Staatsgewalt. Es heißt darin: ".... muß .... die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupt des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden"[16]. Diese Bestim-

---

15) Nachfolgend sind daher unter der Bezeichnung "Stände" die Volksvertretung in der konstitutionellen Monarchie oder die Kammern zu verstehen.

16) "Bundes-Supplement-Akte" vom 15.5.1820, in Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Band 1, Seite 88 - Linde, AcP Band 16, Seite 308

mung stellt eine bundesgesetzliche Garantie dar gegen die Fortentwicklung der neuen landständischen Verfassungen zum vollen konstitutionellen oder gar parlamentarischen System. Zu bemerken ist aber, daß die spätere Entwicklung der konstitutionellen Monarchie diesen Artikel antiquiert[17].

Die Fixierung des monarchischen Prinzips wehrt auch für diejenigen Verfassungen, die die Landstände als eine zweite politische Kraft neben dem Landesherrn anerkennen wollen, die Lehre von der geteilten Staatsgewalt ab. Art.57 stellt fest, daß dem Landesherrn die Substanz der Staatsgewalt vorbehalten bleibt; nur an ihrer Ausübung sind andere Organe mitbeteiligt.

Durch die politische Anteilnahme der Stände an den Staatsgeschäften sollen einerseits die überlieferten monarchischen Staatsformen, also das monarchische Prinzip, bewahrt, weitere Auswirkungen der französischen Revolution verhindert und andererseits eine echte Repräsentation des Volksganzen geschaffen werden. Die Monarchie in dieser neuen Form wird somit im Verfassungsbild der modernen deutschen Verfassungsstaaten die erste Form der verfassungsmäßig beschränkten, der konstitutionellen Monarchie[18].

---

17) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, Band 1, Seite 437, Note 6 - Gerber, Carl-Friedrich von, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865, Seite 72, bemerkt zu jenem Art.57: "Also keine Teilung der Gewalten, keine Mitherrschaft des Parlaments". Dieser Aussage ist nur bedingt beizupflichten. Die Anerkennung der Teilung der Gewalten setzt sich in der konstitutionellen Monarchie allgemein durch (so neben anderen: Anschütz in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Seite 298). Die Mitherrschaft des Parlaments wird hingegen zu Recht abgelehnt, soweit hierunter eine Teilnahme an der Staatsgewalt verstanden wird. Gerber deutet dies an, indem er a.a.O. sagt: "Die deutsche Monarchie bleibt so lange eine konstitutionelle Wahrheit, als die konstitutionellen Institute nicht zu einem Apparate ausgebildet würden, bei dem der Monarch zu einer parlamentarischen Figur herabsinkt".

18) Literatur zur Entwicklung der Landstände: Unger, Friedrich-Wilhelm, Geschichte der deutschen Landstände, 2 Bände, Hannover 1844 - Artikel "Landstände" in Rechts-

§ 2 Die Verfassungsrechtlichen Bedingungen des richterlichen Prüfungsrechts in der konstitutionellen Monarchie

1. Das Repräsentativsystem

Ihrem politischen Sinngehalt nach beruhen alle Verfassungen des Frühkonstitutionalismus auf einem monarchisch-liberalen Kompromiß. Sie suchen die überlieferte Herrschaftsgewalt mit bürgerlichen Freiheitsrechten zu vereinen.

Die Verfassungen des Konstitutionalismus sind nicht demokratisch, da sie weder ausschließliche Herrschaftsgewalt des Volkes, noch volle Gleichheit aller Bürger anerkennen. Die Volkssouveränität hat vor der monarchischen Souveränität nicht den Sieg davongetragen. Der Monarch verkörpert weiterhin den Staat und er vereinigt alle Rechte der Staatsgewalt in sich. Nur in der Ausübung dieser Rechte wird er verfassungsmäßigen Beschränkungen unterworfen[19]. "Dem Begriff des Konstitutionalismus ist daher der Begriff der objektiven Beschränkung der obersten Staatsgewalt innewohnend, aber auch nicht mehr"[20].

---

lexikon für Juristen aller deutschen Staaten, redigiert von Weiske, Band 6, Leipzig 1842 - vgl. Humbolds Entwurf einer ständischen Verfassung für Preußen von 1819, Zeitschrift für Politik, Band 10, Seite 231 - Rotteck, Karl von, Ideen über Landstände, Karlsruhe 1819

19) Vgl. Titel II, § 1, Abs.1 Bayerische Verfassung von 1818 - § 4 Abs.1 Württembergische Verfassung von 1819 - § 5 Abs.1 Badische Verfassung von 1818 - Art.4 Abs.1 Hessische Verfassung von 1820

20) Kahn, Richard, Untersuchungen zur Entstehungsgeschichte des Konstitutionalismus in Bayern, Dissertation, Heidelberg 1915, Seite 3: "Konstitutionelle Monarchie ist kein Gegensatz zur ständischen und parlamentarischen Monarchie; in den beiden letzteren Fällen besteht jedenfalls der Monarch als Hauptorgan, das in gewissen Betätigungen an die Mitwirkung anderer Organe gebunden ist" - Übereinstimmend: Rehm, Allgemeine Staatslehre im Handbuch des öffentlichen Rechts, Einleitungsband, Abteilung 2, Seite 201 - Schmidt, Richard, Allgemeine Staatslehre, Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften, Abteilung 3, Band 1, Seite 270 ff.

Dem Monarchen, als dem Repräsentanten der Staatseinheit, stehen die Stände, als die Repräsentanten der mannigfaltigen Interessen, die stets wieder aufs neue zu einem einheitlichen Ganzen - als "Gesellschaft" zu bezeichnen - zusammengefaßt werden müssen, gegenüber. Diese Dualität ist grundlegend für die Repräsentativverfassung.

Das konstitutionelle Verfassungssystem übernimmt aus dem Absolutismus[21] das Prinzip der Einheit von Staat und Monarchen[22]. Eben deshalb gehen die konstitutionellen Verfassungen davon aus, daß trotz der Einführung des Repräsentativsystems die Staatsgewalt nicht zwischen dem Monarchen und der Vertretung der Gesellschaft geteilt ist, sondern jenem in ihrer ganzen Fülle weiterhin zusteht, wenngleich er in gewissen Funktionen an die Mitwirkung der Kammern gebunden ist.

Der Monarch bleibt Repräsentant der Staatseinheit nicht nur dort, wo Verfassungen oktroyiert werden, sondern auch dort, wo die Verfassungen auf einem Verfassungsvertrag beruhen. Bei der Errichtung einer Verfassung durch Übereinkunft zwischen dem Monarchen und der Ständevertretung tritt diese jenem nicht als gleichberechtigter Partner gegenüber. Der Monarch erläßt die Verfassung aus eigener Machtvollkommenheit und beschränkt sich lediglich in seinen Rechten mit Zustimmung der Ständevertretung. Monarch und Kammern sind nicht koordiniert und es besteht kein Nebeneinander zweier gleichwertiger Verfassungsor-

---

21) Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Seite 32: "Für diedes Aufgehen der Staatspersönlichkeit in der physischen Person des Herrschers fand Ludwig XIV den juristisch prägnanten Ausdruck: "L'Etat c'est moi"".

22) Bornhak, a.a.O., Seite 34 f. (36)

gane[23]).

Die Bewertungen der landständischen Verfassungen sind infolge des politisch unklaren Systems im konstitutionellen Deutschland unterschiedlich. Die Auffassungen über Stellung und Funktion der Landesfürsten und der Stände gehen bisweilen stark auseinander. Dies ändert aber nichts am grundsätzlich vorhandenen Dualismus von Staat und Gesellschaft. Hierin findet sich im Grunde die Erklärung der unterschiedlichen Behandlung des umfassenden richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen und des formellen richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen einerseits und des materiellen richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen andererseits.

2. Die Gewaltenteilung

Seit die Gewaltenteilungslehre besteht, hat sie stets mehr oder weniger klar das Ziel verfolgt, die staatliche Macht durch gegenseitige Kontrolle der Gewalten zu verkleinern, um die individuelle Freiheit bestmöglich zu gewährleisten[24]).

Dieses Ziel haben die Gewaltenteilung und das richterliche Prüfungsrecht gemeinsam. Beide haben die Sicherung des einzelnen vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen zur Aufgabe.

23.) vgl. Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, § 128

24.) vgl. Montesquieu, Deuvres Complétes De Montesquieu, Tome Premier, De L'Esprit Des Lois, Paris 1859, Livre XI, Chapitre VI, Pages 130

Das Prinzip der Gewaltenteilung, das im 19.Jahrhundert ein Kernstück des öffentlichen Rechts darstellt und die unabhängige Stellung der Richter gefestigt hat, kann als Argument sowohl für als auch gegen das richterliche Prüfungsrecht herangezogen werden.

Triepel[25)] führt aus, die Gewaltenteilungslehre bedeute in ihrer strengen Form, daß die Gewalten völlig selbständig und unabhängig voneinander sind, so daß der Richter an Akte der Legislative und Exekutive gebunden sei, ohne sie einer Nachprüfung unterziehen zu können. Diese Auffassung hängt besonders mit der Staatsform der konstitutionellen Monarchie und der ihr entsprechenden Staatslehre zusammen, deren Doktrin von dem Bestreben geleitet wird, die Machtminderung, die der ehemals unbeschränkte Monarch durch die Verfassung erfahren hat, möglichst unbedeutend erscheinen zu lassen und möglichst viele Befugnisse für den Monarchen zu retten[26)]. Das Prinzip der Gewaltenteilung wird in diesem Fall dazu benützt, die strenge Trennung der Gewalten zu betonen und daraus ein Verbot einer wechselseitigen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Akte der drei Gewalten zu begründen. Die Folge davon würde sein, daß der Richter dem vom Herrscher sanktionierten Gesetz ohne Kontrollmöglichkeit unterworfen wäre.

Die Lehre von der Gewaltenteilung kann aber auch für das richterliche Prüfungsrecht herangezogen werden[27)], und zwar in doppelter Weise: 1. Gewaltenteilung bedeutet nicht nur die strenge Trennung, sondern auch die gegenseitige Überwachung und Kontrolle der drei Staatsfunktionen; 2. das Wesen der Verfassung bildet eine allgemeine Grund-

---

25) VVDStRL Heft 5, Seite 12 ff.; vgl. auch Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, Seite 13 ff.

26) Kelsen in VVDStRL Heft 5, Seite 33 f.

27) Vgl. dazu Triepel, a.a.O., Seite 13 ff.

lage nicht nur für den Gesetzgeber, sondern für alle staatlichen Funktionen, so daß der Richter die Aufgabe hat, den Staatsbürger ebenso gegen gesetz- und verfassungswidrige Akte der Exekutive, wie gegen solche des Gesetzgebers zu schützen.

Die Lehre von der Trennung der Gewalten läßt sich daher weder wirksam für noch gegen die Anerkennung eines richterlichen Prüfungsrechts verwenden. Dies unterstreicht Kelsen[28] ebensosehr wie die Tatsache, daß hinter solchen Begründungen nur die Tendenz der im Gesetzgebungsorgan sich äußernden politischen Macht verbirgt, sich durch die Normen der Verfassung - selbst im offenkundigen Widerspruch zum positiven Recht - nicht einschränken zu lassen. Ob dies allerdings sonst aus irgendwelchen politischen Erwägungen heraus als wünschenswert angesehen werden kann, ist dann keine juristische Frage mehr, sondern eine politische.

3. Die richterliche Unabhängigkeit

Der Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt, daß der Richter weisungsunabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist. Notwendigerweise setzt auch das richterliche Prüfungsrecht eine weisungsunabhängige Rechtsprechung voraus.

Diese Grundbedingung ist mit der Einführung konstitutioneller Verfassungen gegeben, da mit ihnen "der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte zur vollen Geltung gelangt" ist. Jede persönliche Einwirkung auf die Rechtsprechung durch den Monarchen, dem Inhaber der Staatsge-

---

28) Kelsen, a.a.O., Seite 53 ff.

walt und somit der Gerichtsbarkeit, ist dadurch ausgeschlossen.

4. Die konstitutionelle Verfassung

Die bisherigen Ausführungen lassen bereits erkennen, daß ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nur unter der Voraussetzung des Bestandes bestimmter Staatsformen möglich ist. Mit der Einführung geschriebener Verfassungen und dem damit einhergehenden Satz, daß die Verfassung das einfache Gesetz in seiner Gewalt überragt und deshalb eine überragende, auch die Legislative bindende Kraft besitzt, ist der Schutz eben dieser Verfassung verbunden. Damit tritt auch in der Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts eine neue Phase ein.

Bornhak[29)] weist sehr richtig darauf hin, daß die absolute Monarchie "verfassungslos ist, da ihr Begriff jede rechtliche Beschränkung des Monarchen ausschließt". Die Unterscheidung zwischen der Stufe der Verfassung und jener des Gesetzes ist zwar theoretisch möglich, aber praktisch ohne Bedeutung; denn die Verfassung erschöpft sich in dem Grundsatz, daß jede Äußerung des monarchischen Willens bereits eine Rechtsnorm ist. Die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ist daher kein Problem von weiterer Bedeutung, weil es an besonderen Normen über das Zustandekommen und über Grenzen und Schranken des Gesetzes fehlt. Die Frage einer Prüfung von Gesetzen im heutigen Sinne kann daher erst in der konstitutionellen Monarchie als der verfassungsmäßig beschränkten Monarchie auftauchen.

---

29) Allgemeine Staatslehre, Seite 183

Soweit die Verfassungen der deutschen Einzelstaaten Vorschriften in bezug auf die Überprüfbarkeit von Gesetzen und Verordnungen enthalten, regeln sie die Frage des Prüfungsrechts jedoch weder umfassend noch abschließend und beziehen sich grundsätzlich nur auf Verordnungen.

III. T e i l

Das richterliche Prüfungsrecht in der konstitutionellen Monarchie

§ 1 Die positiven Regelungen des richterlichen Prüfungsrechts und die Zielrichtung der wissenschaftlichen Erörterungen

Soweit in den deutschen Einzelstaaten das richterliche Prüfungsrecht allgemein normiert ist, beschränken sich diese Regelungen auf die Frage, ob die Verkündigung ordnungsgemäß erfolgte[30]. Hingegen wird das formelle und materielle Prüfungsrecht bei Verordnungen entweder allgemein[31] oder zumindest dann gestattet, wenn die Verordnung nicht vom Landesherrn, sondern von einer Behörde erlassen worden ist[32]. Als wichtigste Regelung ist Art.106 PrV zu nennen.

Nur eine theoretische Bedeutung kommt der von der Nationalversammlung in Frankfurt beschlossenen Reichsverfassung vom 28.3.1849 zu, die infolge politischer Verhältnisse nicht in Kraft getreten ist. In § 126 a[33] enthält sie

---

30) PrV Art.106 - Braunschweigische Neue Landschaftsordnung von 1832, § 100 - Oldenburgisches Staatsgrundgesetz von 1849, Art.141 - Grundgesetz von Schwarzburg-Rudolstadt von 1854, § 26 - Landesgrundgesetz von Schwarzburg-Sondershausen von 1830, § 107 - Verfassung von Waldeck von 1852, § 94

31) in Braunschweig, Schwarzburg-Rudolstadt und Schwarzburg-Sondershausen

32) PrV Art.106 und Staatsgrundgesetz des Fürstentums Reuß jüngere Linie von 1849, § 107 Abs.3 - Oldenburgisches Staatsgrundgesetz von 1849, Art.141 § 2 schließt das materielle richterliche Prüfungsrecht für alle Verordnungen aus.

33) "Zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören: a) Klagen eines Einzelstaates gegen die Reichsgewalt wegen Verletzung der Reichsverfassung durch Erlassung von

eine Bestimmung, die für das Reichsgericht das materielle Prüfungsrecht von Reichsgesetzen vorsieht. Diese Regelung verdient dennoch Aufmerksamkeit, weil sie erstmals das richterliche Prüfungsrecht positiviert, in ein System gebracht und die Prüfungskompetenz bei einem obersten Gericht konzentriert hat[34].

Da in den übrigen deutschen Einzelstaaten und im Reichsrecht das richterliche Prüfungsrecht weder ausreichend noch abschließend geregelt ist, ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Frage nötig.

Die Wissenschaft handelt das Problem hauptsächlich unter allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen ab und beleuchtet es von allen Seiten; eine einheitlich vertretene Ansicht ist dabei nicht feststellbar.

Die in der Wissenschaft ausgetragenen Kontroversen um das richterliche Prüfungsrecht gehen im Grunde genommen nicht um dessen grundsätzliche Zulässigkeit, sondern um dessen Umfang. Vollkommen ausgeschlossen wird die Prüfungsbefugnis von niemandem, auch von denen nicht, die als "Prüfungsgegner" gelten, da sie doch jedenfalls mehr oder weniger die Prüfung der sogenannten äußeren Formalien zu-

---

Reichsgesetzen und durch Maßregeln der Reichsregierung ....", in Die Verfassung der modernen Staaten, Band 3, Hamburg 1948, Seite 61

34) Zwar kann vor der französischen Revolution, von heutiger Terminologie ausgehend, in beschränktem Umfang von richterlichem Prüfungsrecht gesprochen werden; dieses war aber weder in ein System gebracht, noch lokalisiert. Es bestand seinem Inhalt nach zum Beispiel darin, daß Normen nicht gegen das Gemeinwohl verstoßen durften. Diese Forderung war aber nicht gesetzlich fixiert, und es war nicht festgelegt, wie ein Verstoß gegen höherrangiges Recht durchzusetzen war.

lassen[35] und zumindest insoweit einer Meinung sind.

Eine Durchleuchtung des Stands der Wissenschaft zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts[36] kann sich nicht darauf beschränken, die vertretenen Meinungen zu teilen in diejenigen Autoren, die das Prüfungsrecht generell zulassen und in die "Prüfungsgegner". Es sind vielmehr die Hauptrichtungen herauszuschälen, wobei es nicht darauf ankommt, und es sogar unzweckmäßig wäre, jede einzelne Meinung anzuführen und einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Die Darstellung beginnt mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen, da insofern die vertretenen Ansichten näher beieinanderliegen, und fährt fort mit dem Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen.

§ 2 Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen

I. Nach allgemeinen Kriterien

1. Einleitende Bemerkung

Die Verordnung ist im Gegensatz zum Gesetz der Ausdruck des Staatswillens ohne Zustimmung der verfassungsmäßigen Landesvertretung[37]. Ihre Gültigkeit hängt von formeller und materieller Gesetzmäßigkeit ab. Eine formell rechtsgültige Verordnung muß gewissen äußeren Formalien genügen (wie z.B. Publikation, Gegenzeichnung); eine materiell rechtsgültige Verordnung ist gegeben, wenn sie sich inhaltlich in den ihr durch das delegierende Gesetz gezo-

---

35) Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Teil 2, Seite 639

36) Die Praxis hat zu der Kontroverse in der konstitutionellen Monarchie kaum Nennenswertes beigesteuert.

37) Gneist, Rudolf, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Berlin 1869, Seite 73

genen Schranken hält[38]).

2. Kritik der Theorien der älteren Autoren zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen

Zöpfl[39]) stellt repräsentativ fest, daß "den Gerichten in bezug auf jene Verordnungen, welche von Behörden ausgehen, im allgemeinen das Recht der Prüfung" zusteht.

Im Gegensatz dazu wird das Prüfungsrecht gegenüber allgemeinen landesherrlichen Verordnungen zu Beginn der Epoche der konstitutionellen Monarchie verschiedentlich abgelehnt. Diese Meinung vertreten jene Autoren, die noch in der absolutistischen Denkweise verhaftet sind. Sie unterscheiden einerseits nicht zwischen Gesetz und landesherrlicher Verordnung und erkennen andererseits nicht die Unabhängigkeit des Richters, der nur dem Gesetz und nicht der Exekutive unterworfen ist. Folglich lehnen sie für die Verordnung ein materielles richterliches Prüfungsrecht ab. Deutlich sprechen dies aus: Linde[40]), Martin[41]), Schlayer[42]),

---

38) Vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Seite 97 (FN 1)

39) Grundsätze des allgemeinen und Deutschen Staatsrechts, Teil 2, Seite 639

40) AcP Band 16, Seiten 308,329 ff.; gegen ihn zu vergleichen besonders: Vollert, Hat der Richter ein Gesetz anzuwenden, welches ohne die nach der Verfassung erforderliche Einwilligung der Stände erlassen worden ist?, in ZStaatsW Band 10, Seiten 593 ff., 611 ff. - Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Seiten 544,547 - Pfeiffer in Zachariae-Pfeiffer, Rechtliche Beleuchtung der Kurhessischen Septemberverordnungen, Seiten 5 ff.,15 ff. - Stockmar, Ist der deutsche Richter an allgemeine landesherrliche Konstitutionen gebunden, welche ohne die nach Vorschrift der Verfassung einzuholende ständische Zustimmung erlassen sind?, GießnZ Band 10, N.F., Seiten 27 ff., 34 ff., 75 ff. - Bähr, Der Rechtsstaat, Seite 185 ff. - Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Band 1, Seite 71 - Juristenfakultät Tübingen

Held[43], Mittermaier[44], Bischof[45], Stahl[46], Anton Stabel[47],

---

bei Dahlmann, Gutachten der Juristenfakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen die hannoversche Verfassungsfrage betreffend, Seiten 345 ff. - Kahn, Inwieweit ist der deutsche Richter berechtigt und verpflichtet, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen?, AnnDR 1907, Seite 485

41) Die kurhessische Verordnung vom 4.7. und 28.9.1850, Seiten 16,17; derselbe, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Anordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen, Seiten 9, 33 ff., 50; seine Ausführungen unterscheiden sich im wesentlichen nicht von denen Lindes. Gegen ihn besonders zu vergleichen: Pfeiffer in Zachariae-Pfeiffer, Rechtliche Beleuchtung der Kurhessischen Septemberverordnungen, Seiten 288 ff. - Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Seite 160

42) GießnZ Band 10, Seiten 244 ff.; er ist der Ansicht, die höchste Gewalt im Staate sei die Regierungsgewalt und differenziert nicht, daß zwar alle Gewalt vom Monarchen ausgeht, diese aber in verschiedene Funktionen aufgeteilt ist und die Regierung der Gesetzgebung untersteht.

43) System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, Seiten 77 ff., 95 ff.

44) AcP Band 17, Seiten 309 ff.; er berührt nur die Frage der Zweckmäßigkeit einer Norm.

45) GießnZ Band 16, Seiten 235 ff., 385 ff.; Band 17, Seiten 104 ff., 253 ff., insbesondere 265, 448 ff.; Band 18, Seiten 129 ff., 393 ff.; er hat die inhaltreichsten Aufsätze über das richterliche Prüfungsrecht geschrieben und gibt einen umfassenden Literaturnachweis der älteren Zeit. Bischof ist in seiner Ansicht einer der konservativsten Autoren.

46) Die Philosophie des Rechts, Band 2, Seite 670 ff.; er erkennt nicht, daß der der Gesetzgebung unterworfene Richter nicht auch gleichzeitig der Regierung untersteht.

47) Vorträge über das französische und badische Zivilrecht, Freiburg 1843, Seiten 24 ff.; er geht von dem falschen Ansatz aus, daß die Gerichte die Gesetze nicht außer Wirksamkeit setzen können, und stellt nicht darauf ab, ob einer Norm im Einzelfall ihre Anwendbarkeit versagt werden kann.

Zöpfl[48], Ullmann[49] und schließlich Böhlau[50] [51].

Diese Autoren unternehmen zusammenfassend gesehen den Versuch, aus dem monarchischen Prinzip - wonach die gesamte Staatsgewalt in den Händen des Monarchen verbleibt oder zum mindesten der Monarch an verschiedenen Funktionen des Staates beteiligt ist - die Verneinung des Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen und landesherrlichen Verordnungen herzuleiten. Ihre Argumente gipfeln in der im wesentlichen übereinstimmenden Feststellung, der Monarch allein sei der Gesetzgeber und er werde durch die Kammern nur in der Ausübung dieses Rechts beschränkt, so daß deren fehlende Zustimmung ein Gesetz nicht ungültig mache. Nach dieser Ansicht ist der Richter, der dem Gesetz untersteht, an jede Anordnung des Landesherrn gebunden, somit auch an eine Verordnung, ohne deren rechtmäßiges Zustandekommen überprüfen zu können. Die Vertreter dieser Ansicht verkennen vor allem die Stellung der Kammern im Staat, wie noch zu zeigen sein wird.

Weiter berücksichtigen diese Autoren nicht die Stellung des Richters im Staat. Die "richterliche Unabhängigkeit" ist nicht erst seit der Existenz konstitutioneller Monarchien bekannt. Allerdings sieht man vorher in ihr le-

---

48) Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, § 451; er sieht allgemein ein Prüfungsrecht jenseits der richterlichen Kompetenz stehen.

49) Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich der inneren Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen, ZStaatsw. Band 24, Seiten 355 ff.; er schneidet dem Richter durch die Kontrasignatur eine über diese zurückreichende Prüfung ab.

50) Mecklenburgisches Landrecht, Seiten 305 ff.

51) Die Aufzählung der vorgenannten Autoren ist repräsentativ, aber nicht vollständig. Man kann hier generell jeden Autor der älteren Zeit aufzählen, der das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen ablehnt, da die Begründung dieser Ablehnung die Verneinung des Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen mitumfaßt.

diglich den Ausschluß der Kabinettsjustiz[52]. Zöpfl verdeutlicht dies, wenn er feststellt, daß "schon zur Reichszeit allgemein anerkannt (war), daß weder der Landesherr noch irgend eine Verwaltungsbehörde befugt (gewesen) sei, sich in die eigentliche Rechtsprechung der Gerichte einzumischen"[53]. Allgemeine Anordnungen des Monarchen hingegen hatte der Richter zu befolgen, da ihm in vorkonstitutioneller Zeit weder ein Prüfungsrecht für Gesetze noch für Verordnungen ihrem Inhalt nach zustand.

Mit Aufnahme des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit in die deutschen Verfassungen[54] ist nicht nur der Ausschluß der Kabinettsjustiz statuiert. Jene Verfassungsbestimmungen, die sich dahin ausdrücken, daß der Richter nur dem Gesetz unterworfen sein solle, bedeuten in der Tat mehr. In dem konstitutionellen Staat ist notwendig eine organisatorische Funktionenteilung vorhanden: die Gesetzgebung und ihr untergeordnet die Verwaltung und die Rechtsprechung, wobei die beiden letztgenannten gleichgeordnet sind. Dieses Verhältnis sprechen jene Verfassungsbestimmungen, wie z.B. Art.86 PrV an. Sie stellen indirekt die Gesetzgebung über die Rechtsprechung, und setzen diese aber der Verwaltung gleich, ohne daß die letztgenannten voneinander abhängen. Anordnungen der Verwaltung - und damit auch des Landesherrn, der Spitze der Verwaltung - gegenüber der Justiz, ist diese nicht unterworfen, gleichgültig, ob sie speziell oder generell ergehen. Daraus ergibt sich das Recht des Richters, die Anordnungen der Ver-

---

52) Vgl. Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Seite 584

53) a.a.O. Seite 626

54) Anhaltische Landschaftsordnung von 1859 - Badische Verfassung von 1818, § 14 - Bayerische Verfassung von 1818, Titel VIII, § 3; diese drei Verfassungen sagen übereinstimmend: "Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugnisse unabhängig" - Braunschweigische Neue Landschaftsordnung von 1832, §§ 103,193: "Die Gerichte sind in ihrer Amtsführung der landes-

waltung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen[55)], soweit

---

herrlichen Oberaufsicht unterworfen, jedoch bei der Beurteilung von Rechtssachen innerhalb der Grenzen ihrer Kompetenz unabhängig. Sie entscheiden daher in allen Instanzen mit voller Freiheit der Meinungen und werden in Ausübung ihres Amtes nötigenfalls durch den Beistand der Zivil- und Militärbehörden geschützt" - Im gleichen Sinne: Kurhessische Verfassung von 1852, § 95 - Reichsverfassung vom 28.3.1849, § 175: "Die richterliche Gewalt wird selbständig durch Gerichte geübt" - Diese Bestimmung rezipierten: Staatsgrundgesetz des Fürstentums Reuss jüngere Linie von 1849, § 31 - Oldenburgische revidierte Verfassung von 1852, Art.93, § 1; in § 2 bestimmt diese Verfassung, daß die Gerichte berechtigt sind, "den Schutz, und zur Ausführung ihrer Verfügungen, den Beistand der bürgerlichen und militärischen Behörden zu verlangen". - Das Grundgesetz von Sachsen-Meiningen von 1829 und das Hannoversche Landesverfassungsgesetz von 1840, § 9 a, Zeile 2 und 3 lauten: ".... und soll der Lauf der Justiz nicht gehemmt werden", "Der König kann den geraden Lauf der Rechtspflege nicht hemmen" und drücken dadurch sinngemäß den Gedanken der "richterlichen Unabhängigkeit" aus. - Deutlicher sind: Großherzoglich Hessische Verfassung von 1820, § 32: "Das Materielle der Justizerteilung und das gerichtliche Verfahren, innerhalb der Grenzen seiner gesetzlichen Form und Wirksamkeit sind von dem Einfluß der Regierung unabhängig"; sinngemäß gleich lauten: Verfassung des Königreichs Sachsen von 1831, § 47, und das Grundgesetz von Sachsen-Altenburg von 1831, § 46 - Landesgrundgesetz von Schwarzburg-Sondershausen von 1849, § 165 a, Zeile 2: "Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen. In die ihnen vom Gesetz übertragenen Verrichtungen darf sich kein anderes Organ der Staatsgewalt mischen" - PrV § 86: "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, keiner Autorität, als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt"; ähnlich Verfassung von Coburg-Gotha von 1852, § 135 und Verfassung von Waldeck von 1852, § 74: "Die richterliche Gewalt wird im Namen des Fürsten durch unabhängige Gerichte ausgeübt, welche keiner anderen Autorität als der der verfassungsmäßigen Gesetze unterworfen ist, vorbehaltlich jedoch ihres dienstgesetzlichen Subordinationsverhältnisses gegen ihre vorgesetzten Behörden" - Württembergische Verfassung von 1819, § 93: "Die Gerichte, sowohl die bürgerlichen als die peinlichen, sind innerhalb der Grenzen ihres Berufes unabhängig" - Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 1: "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige nur dem Gesetz unterwor-

dies nicht durch Gesetz ausgeschlossen ist[56].

Die Unrichtigkeit der Auffassungen der älteren Autoren zeigt sich bei deren Anwendung auf die verschiedenen formellen Erfordernisse der Verordnung: der Gegenzeichnung, der Verkündung und der Ausfertigung:

a) Die Kontrasignatur

Die Argumentation der älteren Autoren läuft im Grunde genommen darauf hinaus, daß, wenn die ministerielle Gegenzeichnung ein gesetzliches Gültigkeitserfordernis ist, durch die Unterschrift des Ministers eine Garantie der Gesetzmäßigkeit der Verordnung in Erscheinung trete, und niemand daneben befugt sei, eine nochmalige Überprüfung der Verordnung anzustellen[57]. Eine jedermann bindende Kraft kann aber die Gegenzeichnung nicht entfalten. Der Verwaltung würde dadurch eine Stellung im Verhältnis der Funktionen der Staatsgewalt zueinander beigemessen werden, die ihr nicht zukommen kann.

b) Die Promulgation

Es ist das Verdienst Labands[58], die Theorie der Promulgation ausgeformt zu haben. Danach versteht man unter der Ausfertigung des Textes eines Gesetzes oder einer Verordnung die Erklärung des gesetzgeberischen Willens, daß die

---

fenen Gerichte ausgeübt".

55) Arndt, AÖR Band 18, Seite 156 ff.

56) so PrV Art.106

57) Ullmann, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich der inneren Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen, ZStaatsw. Band 24,Seite 343

58) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seiten 13 ff., 42 ff.; derselbe AÖR Band 17, Seite 440

Rechtsnorm zustande gekommen ist[59]. Otto Mayer[60] sieht in der Promulgation ein Rechtsinstitut der Gültigkeitsbezeugung eines obrigkeitlichen Aktes und folgert, daß derjenige, der verfassungsmäßig eine Norm kundgibt, zugleich berufen sein soll, "das Vorhandensein der Voraussetzungen seines gültigen Zustandekommens zu bezeugen". Er verwendet den Gedanken der "bindenden Konstatierung" für das Gesetz und auch für die Verordnung[61]. Konsequent schließt er sowohl die formelle als auch die materielle Prüfung bei Verordnungen aus. Der Promulgation kommt aber bei der Verordnung die Kraft einer unwiderleglichen Vermutung der Rechtmäßigkeit nicht zu, da der Satz der Gleichstellung der Justiz und Verwaltung unbestritten ist.

c) Die Publikation

Bartolomäus[62] spricht sich dafür aus, daß durch die Publikationsformel in unanfechtbarer Weise festgestellt wird, daß die Verordnung, so wie verkündet zustandegekommen ist und leitet davon die Unüberprüfbarkeit ab. Er legt seiner These den Gedanken zugrunde, daß eine gehörig verkündete staatliche Verordnung die Feststellung der Gesetzmäßigkeit konstatiere. Eine nochmalige Nachprüfung dieser Anordnung sei dadurch ausgeschlossen. Die Publikation einer Verordnung hat aber nicht die Wirkung der Unanfechtbarkeit. Die Frage ist einfach dahin zu beantworten, daß die Publikation einen ganz anderen Zweck verfolgt. Sie bezweckt allein, die staatliche Anordnung in der Öffentlichkeit bekannt zu machen.

---

59) Laband scheidet im Gesetzgebungsverfahren davon scharf die Sanktion, den Erlaß des Gesetzesbefehls; derselbe: Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 9

60) Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, Seite 282

61) a.a.O.

62) AÖR Band 13, Seite 595

3. Ergebnis des 3. und 4. Deutschen Juristentages (1862/63) zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts von Verordnungen

Die Frage, ob der Richter befugt sei, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen, hat dem dritten und vierten Deutschen Juristentag vorgelegen. Der Antrag Hiersemenzels lautet: "Der Deutsche Juristentag wolle aussprechen, daß die Würde der Rechtspflege und die Handhabung wirklicher Gerechtigkeit nur da gesichert ist, wo der Richter auch die Frage, ob ein Gesetz oder eine Verordnung verfassungsmäßig zustande gekommen, ohne Einschränkung zu prüfen hat"[63].

Die Behandlung der Kontroverse betreffend das Prüfungsrecht der Verordnung erweckt den Anschein, als ob einige Stimmen nur die formelle Prüfung zuließen. Dieser Eindruck erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als falsch.

In seinem Referat vor dem 3.Deutschen Juristentag spaltet Jhering die Frage in zwei Teile:

a) hat der Richter in der konstitutionellen Monarchie das Prüfungsrecht, wenn die Staatsregierung eine Verordnung erläßt, welche ihrem Inhalt nach der ständischen Mitwirkung bedurft hätte;

b) hat er ein Prüfungsrecht, wenn es sich um ein den Namen und Form eines Gesetzes an sich tragende Bestimmung handelt[64].

Am Schluß der Sitzung des 3.Deutschen Juristentages stellt Jhering den Antrag[65], der angenommen wird, die

---

63) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seiten 10 ff., 20
64) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 11
65) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 51

zweite Frage nicht zur Abstimmung vorzulegen, sondern der ständigen Deputation zur Vorbereitung für den nächsten Juristentag zu überweisen[66]. Schließlich wird der Satz angenommen: "Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung, deren Inhalt nur in Form des Gesetzes mit Zustimmung der Stände hätte festgestellt werden können, haben für den Richter keine verbindliche Kraft"[67].

Der 4.Deutsche Juristentag greift die Erörterung der Frage wieder auf und faßt die beiden Beschlüsse: "Der Richter hat im gegebenen Fall über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze und Verordnungen zu befinden"[68] und "Der Richter hat ein Gesetz nur in so weit zur Anwendung zu bringen, als sein Inhalt die Zustimmung der verfassungsmäßigen Stände erlangt hat"[69].

Der zweite Beschluß des 4.Deutschen Juristentages spricht nur von Gesetzen und kann hier außer Betracht bleiben. Der erste Beschluß erfaßt auch Verordnungen, spricht sich aber nur dafür aus, daß der Richter die formelle Prüfung habe. Daraus ergibt sich scheinbar als argumentum e contrario, daß dem Richter die materielle Prüfung nicht zustünde. Aus den gesamten Verhandlungen ergibt sich jedoch, daß dies nur auf die Gesetze bezogen ist. Die gesetzgebende Staatsgewalt wird als diejenige angesehen, der gegenüber sich eine materielle Prüfung verbietet. Dagegen sind in den Verhandlungsprotokollen keine Hinweise zu finden, daß die materielle Prüfung von Verordnungen abgelehnt werden sollte. Der Juristentag spricht sich nicht dahin aus, daß er Akte des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung den Akten der Gesetzgebung gleichstellt.

---

66) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 61
67) Vrhdl. 3.DJT a.a.O.
68) Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seite 65
69) Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seite 68

Der Grund der schwierigen Erkennbarkeit des Willens, den der Deutsche Juristentag durch seine Beschlüsse zum Ausdruck bringt, liegt in ihrer unsystematischen und unscharfen Formulierung. Die Erklärung ist in der wiederholten Änderung der Anträge während der Verhandlungen zu finden. Ein Umkehrschluß aus dem reinen Wortlaut der Beschlüsse wäre nur ein Scheinargument und verbietet sich daher.

Dagegen bestimmt der Beschluß des 3.Deutschen Juristentages, daß der Richter überprüfen kann, ob eine Norm der Form des Gesetzes bedurft hätte. Diese Frage berührt einen anderen Gegenstand, als die Beschlüsse des 4.Deutschen Juristentages. Es ist eine materielle Frage nach dem Inhalt, ob zu einer Anordnung, die als Verordnung ergangen ist, die Zustimmung der Kammern nötig gewesen wäre, ob sie also der Gesetzesform bedurft hätte. Einzelne Verfassungen bestimmen, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger der Zustimmung der Kammer bedürfen. Ob ein derartiger Gegenstand zur Regelung vorliegt, beantwortet sich nur durch Überprüfung dessen Inhalts. Erst dann eröffnet sich der einzuschlagende formelle Weg. Ist also durch eine Verordnung in Freiheit oder Eigentum der Bürger eingegriffen, so stellt der Richter durch Überprüfung des Inhalts diese Gesetzwidrigkeit fest. Die Verordnung kann auf dem für sie richtigen Weg zustande gekommen sein. Dies aber läßt der Richter außer Betracht. In Erkenntnis dessen stellt Jhering auf dem 3.Deutschen Juristentag fest: "Es ist unmöglich, wenn je nach dem Inhalt eine bestimmte Form verlangt ist, anders über die Form zu erkennen, als indem man über den Inhalt erkennt"[70].

---

70) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 215; ebenso Martin, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Anordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlaß von Gesetzen, Seite 77

Die älteren Autoren, die das Prüfungsrecht unter dem Gesichtspunkt des richtigen Zustandekommens sehen, meinen in Wahrheit eine materielle Prüfung der Verordnung. Die Mehrheit der älteren Autoren hat auf dem 3.Deutschen Juristentag durch Beschluß die Bejahung dieser Prüfung zum Ausdruck gebracht.

4. Kritik der Theorien der Mehrheit der Autoren zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen

Die überwiegende Mehrheit der Autoren gesteht dem Richter das Recht zu, nicht nur Verordnungen, die von Behörden ausgehen, sondern auch landesherrliche Verordnungen auf ihre formelle und materielle Gesetzmäßigkeit zu überprüfen. Sie gehen allgemein von dem Grundgedanken aus, daß die Gesetzgebung der Verwaltung übergeordnet ist. Sie unterscheiden von Anfang an zwischen Gesetz und Verordnung und ordnen diese jenem unter. Verstoßen Verordnungen gegen das Gesetz, so sind sie folgerichtig rechtswidrig. Der nur dem Gesetz unterworfene Richter hat der Verordnung den Gehorsam zu verweigern.

Die Verordnung kann sowohl materiell als auch formell dem Gesetz widersprechen. Im ersten Fall entspricht der Inhalt der Verordnung nicht dem Gesetz und im zweiten Fall ist die Verordnung nicht auf dem im Gesetz vorgesehenen Weg zustande gekommen. In beiden Fällen ist die Verordnung gesetzwidrig.

Es ist das Verdienst C.-S. Zachariae's[71] als erster der die Frage des richterlichen Prüfungsrechts behandelnden Autoren die Unterscheidung von Gesetz und Verordnung vorgenommen zu haben. Er bejaht das Prüfungsrecht gegenüber

---

71) Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehen, zu erlassen berechtigt gewesen sei?, AcP Band 16, Seiten 145 ff., insbesondere Seite 174

Verordnungen. Obgleich Zachariae im Ergebnis zuzustimmen ist, ist seinen Ausführungen nicht zu folgen; teilweise sind sie fehlerhaft. Er geht davon aus, daß die Kammern die Verordnungen des Monarchen überprüfen und gegen sie Einwendungen erheben können. Unterlassen sie eine Überprüfung, so stehe den Gerichten das Prüfungsrecht zu. Denn, so folgert er, "sollte die Rechtsgültigkeit der Verordnungen von den Beschlüssen der Kammern auch für die Vergangenheit abhängen, so würden die Kammern, indem sie die Rechtsgültigkeit einer Verordnung anerkannten oder bestritten, zugleich in den auf jene Verordnung sich beziehenden Streitsachen Recht sprechen"[72]. Zachariae läßt die Befugnis der Kammern an der rechtsprechenden Gewalt enden und scheint daraus notwendigerweise das richterliche Prüfungsrecht abzuleiten. Dagegen ergibt sich aus der Funktionenteilung der Staatsgewalten zu ihrer gegenseitigen Kontrolle und der Gleichstellung von Justiz und Verwaltung das Prüfungsrecht der ersten über Anordnungen der zweiten.

Der im Ergebnis richtige Gedanke von Zachariae wird von Mohl[73] aufgegriffen und von Wächter[74] fortgeführt. Wächter gibt als erster eine zutreffende und ausreichende Begründung: Würde man den Richter einer rechtswidrigen Verordnung unterwerfen, "so würde dies dahin führen, daß der Richter in seinem Beruf nicht bloß dem Gesetz, sondern auch der vollziehenden Gewalt unterworfen, seine verfassungsmäßige Unabhängigkeit somit aufgehoben, das Recht des Bürgers, bloß verfassungsmäßigen Gehorsam der voll-

---

72) Zachariae, Carl-Salomo, a.a.O.

73) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Seite 91, und Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Seiten 70 ff., 628, 629

74) Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, § 7

ziehenden Gewalt schuldig zu sein, vernichtet würde". Wächter erkennt folgerichtig das formelle und das materielle Prüfungsrecht von Verordnungen an und unterscheidet nicht zwischen landesherrlichen und sonstigen Verordnungen. Dieses Ergebnis hat sich schließlich bei den Autoren als "communis opinio" durchgesetzt[75].

---

75) Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Seiten 553 f. - Bähr, Der Rechtsstaat, Seiten 185 ff. - Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, § 19 - Roth, System des deutschen Privatrechts, Band 1, Seite 271 - Meier, Prüfungsrecht, in Holtzendorffs Rechtslexikon, Band 3, Seite 225 - Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Seiten 407, 408 - Sarwey, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Seite 100 - Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Seiten 118 f. - Jellinek, Georg, Gesetz und Verordnung, Seite 394,Anm.43, und Seiten 406 ff. - Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Seiten 279-294 - Regelsberger, Pandekten, Teil 7, Band 1 von Bindings Handbuch, § 34 - Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Seiten 38, 39 - Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1, Seite 484 - Gierke, Deutsches Privatrecht, Seite 136 - Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, AÖR, Band 4, Seiten 51,52 - Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Seiten 39 ff. - Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Seiten 110 ff.- Arndt, Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, Seite 215; derselbe, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Seite 203; derselbe, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Anm.8 zu Art. 106; derselbe, Verfassung des Deutschen Reiches,Seite 47; derselbe, AÖR Band 18, Seiten 156 ff.; derselbe, im Recht 1913, Seite 81 - Meyer, Georg, in AnnDR 1878, Seite 376 - Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, auf der Grundlage des Handbuchs von Gaupp, Seite 181 - Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Seiten 71,72 - Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Seiten 166,167 - Kahn, AnnDR 1907, Seiten 611 ff.- Dambitsch,Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seite 65 - Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Seite 185 - Gleicher Ansicht ist die Praxis: s.dazu Hubrich, Das Reichsgericht über den Gesetz- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht, Seiten 34 ff., und die dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 24, Seite 3; Band 45, Seiten 270,271, und Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 34, Seiten 121 ff., 337 ff.; s. in diesem Sinne auch die in Seufferts Archiv Band 4,

II. Nach der Landesverfassung Preußens von 1850 und nach der Reichsverfassung von 1871

1. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen nach der Landesverfassung Preußens von 1850

"Sedes materiae" der Regelung des richterlichen Prüfungsrechts von Verordnungen nach dem Landesrecht Preußens ist Art.106 der PrV: Abs.1, "Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind"; Abs.2, "Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu"[76]. Art.106 PrV erscheint ohne Kenntnis seiner Entstehungsgeschichte und kritischer Erläuterungen unklar. Diejenigen Autoren, welche schon durch Abs.1 ein Prüfungsrecht als ausgeschlossen erachten[77], finden sich mit Abs.2 in einem unlösbaren Widerspruch. Während Abs.1 allgemein von Gesetzen und Verordnungen spricht, schließt Abs.2 nur die Prüfung königlicher Verordnungen aus. Wie die Entstehungsgeschichte zeigt, sollte die Prüfung der sonstigen Verordnungen nicht ausgeschlossen werden, und ist Abs.1 für die Frage der Prüfung von Verordnungen ohne Bedeutung.

Bei der Durchleuchtung der Entstehungsgeschichte wird im

Seiten 399 ff. zitierten Entscheidungen bayerischer, kurhessischer und sächsischer Gerichte.

76) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, S.87

77) Planck, in Jherings Jahrbuch Band 9, Seiten 322, 324 ff. - Stockmar, in ÄgidisZ, Band 1, Seiten 179 ff., 196 ff. - Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Seite 175 - Arndt, AÖR Band 18, Seite 180 - Sieburg, Preußisches Verwaltungsblatt Band 32, Seiten 309 ff. - Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Band 36, Seiten 417 ff.

folgenden den zutreffenden Ausführungen Rönne's[78] und John's[79] gefolgt.

a) Art.106 Abs.1 PrV

Der erste Absatz des Art.106 PrV ist in dem der Nationalversammlung vorgelegten Regierungsentwurf vom 20.5.1848 nicht enthalten, er geht vielmehr auf Art.103 des Verfassungsentwurfs der Kommission der Nationalversammlung zurück: "Kein Gesetz, keine Verordnung ist verbindlich, wenn sie nicht zuvor in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht sind"[80]. Damit ist ein Prinzip ausgesprochen, das als allgemeingültiges anzusehen ist, nämlich daß unerläßliche Voraussetzung der Verbindlichkeit die Verkündigung sein soll[81]. Art.103 ist in folgender veränderter Form als erster Absatz des Art.105 in die octroyierte Verfassungsurkunde vom 5.12.1948 eingegangen: "Gesetze und Verordnungen sind nur verbindlich, wenn sie zuvor in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht sind"[82]. Diese Verfassung sieht in Art.112 ihre sofortige Revision auf dem Wege der Gesetzgebung nach dem ersten Zusammentritt der Kammern vor[83].

Demgemäß erhält auf Veranlassung der Verfassungskommission der zweiten Kammer der genannte Art.105 Abs.1 eine kleine Änderung im Text und damit folgende Fassung: "Gesetze und

---

78) Rönne, Über das Richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nach Preußischem Staatsrecht, in ÄgidisZ Band 1, Seiten 391 ff.

79) John, Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des Preußischen Staatsrechts, in ÄgidisZ, Band 1, Seiten 244 ff.

80) Protokolle der von der Versammlung zur Vereinbarung der Preußischen Verfassung ernannt gewesenen Verfassungskommission, gesammelt von K.E.Raner, Berlin 1849, Seite 119

81) s.auch Preußisches Allgemeines Landrecht, Einleitung § 10 und Belgische Verfassung, Art.129

82) Gesetzessammlung für die königlich Preußischen Staaten 1848, Seite 390

Verordnungen sind erst verbindlich, wenn sie in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind". Der Änderung liegt die Vorstellung zugrunde, daß der Richter bei der Anwendung eines Gesetzes in jedem Fall zu prüfen habe, ob das Gesetz "materiell und formell die Requisite eines solchen habe"[84], also sowohl, ob es auf dem in Art.60 der Verfassungsurkunde vorgeschriebenen Weg zustande gekommen ist, als auch, ob es wie vorgesehen publiziert sei, und daß ferner als Verordnungen nur solche Bestimmungen Geltung erlangen könnten, die nur Ausführungsverordnungen seien. Dagegen wird eingewendet, daß es neben Ausführungsverordnungen noch gesetzesvertretende Verordnungen gebe. Schließlich resultiert daraus eine Kontroverse, ob die den Gerichten zugesprochene Befugnis nicht nur das formelle, sondern auch das materielle Prüfungsrecht der Gesetze und Verordnungen umfasse. Man befürchtet, mit der ursprünglichen Fassung des Art.105 könnte das richterliche Prüfungsrecht begründet werden, wie ja auch der nur schärfer formulierte Abänderungsantrag den Zweck verfolgt, die Prüfung der Rechtmäßigkeit zuzulassen. Die Mehrheit läßt aber die Frage des Prüfungsrechts ganz dahingestellt, verschließt sich daher jeder Abänderung und formuliert Abs.1 möglichst neutral. Da eine darüber hinausgehende Einigung über diesen Punkt nicht zu erzielen ist, beschließt die Revisionskommission lediglich, aus dem Wortlaut des Art.105 die Worte "nur" und "zuvor" zu streichen und übernimmt den Text im übrigen unverändert als Art.106 Abs.1 PrV. Dem Kommissionsbericht vom 27.9. 1849 zufolge werden die beiden Worte weggelassen, weil sie für überflüssig gehalten werden und man durch sie Mißdeutungen befürchtet[85].

---

83) Gesetzessammlung a.a.O. Seite 391

84) Vrhdl. der 2.Kammer 1849, Band 1, Seite 545

85) Vrhdl. a.a.O., Seiten 544-547

Es ist aber nicht einzusehen, daß es durch die ursprüngliche Fassung des Abs.1 Anlaß zu Mißdeutungen geben könnte. Weder in der ursprünglichen Fassung noch in dem Abänderungsantrag liegt eine Zulässigkeitserklärung des Prüfungsrechts. Andererseits ergibt sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte des Art.106 Abs.1 PrV noch nicht, daß durch diese Norm in Preußen ein richterliches Prüfungsrecht ausgeschlossen ist, das über die Prüfung der ordnungsmäßigen Publikation hinausgeht.

b) Art.106 Abs.2 PrV

Art.106 Abs.2 PrV geht weder auf den in der Nationalversammlung vorgelegten Regierungsentwurf vom 20.5.1848, noch auf den Verfassungsentwurf der Kommission der Nationalversammlung zurück, und war auch nicht in der octroyierten Verfassungsurkunde vom 5.12.1848 enthalten. Seine Existenz beruht hingegen auf einer der nach Vollendung der Revision vom König an die Kammern gerichteten fünfzehn Propositionen vom 7.1.1850. In Proposition 13 stellt er das Ersuchen, daß dem Art.106 PrV folgender Zusatz gegeben werde: "Die Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Verordnungen kann nur von den Kammern zur Erörterung gezogen werden"[86].

Art.106 Abs.2 PrV wird somit erst sehr spät geschaffen. Gleichwohl ist für die Frage des Prüfungsrechts zu beachten, daß dieses berührende Anträge schon verschiedentlich in den Kammern, sowohl im Plenum, als auch in den Kommissionen gestellt werden. So beantragt die Kommission der zweiten Kammer bei der Revision der octroyierten Verfassung zu dem erwähnten Art.105 Abs.1 folgenden Zusatz: "Sie (Gesetze und Verordnungen) müssen alsdann als solche

---

86) Vrhdl. der 1. Kammer, Band 5, Seite 2216, und
Vrhdl. der 2. Kammer, Band 4, Seite 1876

solange anerkannt werden, bis sie auf verfassungsmäßigem Wege außer Kraft gesetzt sind". Die Begründung dieses Antrags geht dahin, daß sowohl die richterlichen als auch die Verwaltungsbehörden bei Anwendung der Gesetze und Verordnungen, was deren formelle Gültigkeit betreffe, sich lediglich auf die Frage nach der gesetzlichen Publikation zu beschränken hätten[87]. Ein Teil der Mitglieder der Kommission hält den Art.105 nicht für den passenden Ort zu dieser Regelung, während der andere Teil dem richterlichen Ermessen in dieser Hinsicht freien Spielraum lassen will. Eine Einigung kommt nicht zustande und somit wird der Antrag verworfen[88].

Im Plenum der zweiten Kammer stellt dann der Abgeordnete Broicher in der Sitzung vom 5.10.1849 gleichfalls einen Zusatzantrag zu Art.105 Abs.1, der das Prüfungsrecht ausschließen soll. Der Antrag lautet: "Die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen kann nur von den Kammern einer Erörterung unterzogen werden"[89]. In der Begründung führt er aus, die Abfassung des Art.105 Abs.1 gebe Veranlassung zu der Frage, ob die Behörden, indem sie die Gültigkeit einer Verordnung zur Erörterung zögen, sich darauf zu beschränken hätten, ob das Gesetz oder die Verordnung in den vorschriftsmäßigen Formen publiziert sei, oder ob sie zu prüfen berechtigt seien, ob das Gesetz oder die Verordnung auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommen sei. Der Berichterstatter Camphausen fügt an, daß die genannte Bestimmung nicht prinzipiell über das Prüfungsrecht entscheide, sondern daß dieses, wie sich aus der Verhandlung der Kommission ergebe, trotz des Abs.1 völlig offen gelassen sei. Mit der anschließenden Abstimmung, durch den der Antrag Broicher abgelehnt wird,

---

87) Vrhdl. der 2.Kammer 1849, Band 2, Seite 544
88) Vrhdl. a.a.O., Seite 545
89) Vrhdl. a.a.O., Seite 561 ff.

ist zunächst die Ausschließung der behördlichen Prüfung abgelehnt.

Neben der zweiten befaßt sich auch die erste Kammer mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Durch einen Antrag des Zentralausschusses wird als Abs.3 zu Art.105 folgender Zusatz vorgeschlagen: "Entstehen Zweifel darüber, ob bei gehörig verkündigten Gesetzen und Verordnungen die verfassungsmäßige Mitwirkung der Kammern beobachtet sei, so steht nur diesen zu, Anträge deshalb zu machen und Beschlüsse zu fassen"[90]. In der Sitzung des Plenums vom 3.11.1849 macht der Abgeordnete Kühn hiergegen geltend, daß es nicht zweifelhaft sein könne, ob die Mitwirkung der Kammern beobachtet sei, denn das ergebe sich aus den Gesetzen selbst; Zweifel könne allenfalls darüber aufkommen, ob die Zustimmung der Kammern hätte erfolgen müssen[91]. Der Abgeordnete Bornemann schließt sich dieser Ansicht an und stellt demgemäß einen Abänderungsantrag: "Entstehen Zweifel darüber, ob gehörig verkündigte, ohne Mitwirkung der Kammern erlassene Gesetze oder Verordnungen dieser Mitwirkung bedurften, so steht nur den Kammern zu, über die Gültigkeit solcher Gesetze und Verordnungen Beschlüsse zu fassen"[92]. Dieser Antrag wird angenommen[93].

Infolge dieser Tatsache sieht sich die zweite Kammer wieder mit der Frage der Ausschließung des Prüfungsrechts konfrontiert. Die Kommission der zweiten Kammer stimmt aber mit dem in der ersten Kammer angenommenen Antrag nicht überein. Dies ergibt sich aus dem Bericht der Kommission der zweiten Kammer für Revision der Bestimmungen der Titel III, IV, V, VIII, IX der Verfassung[94]. Die Kommission em-

---

90) Vrhdl. der 1.Kammer 1849, Band 3, Seite 1313
91) Vrhdl. a.a.O., Seite 1321
92) Vrhdl. a.a.O., Seite 1323
93) Vrhdl. a.a.O., Seite 1327
94) Vrhdl. der 2.Kammer 1849, Band 3, Seiten 1687 ff.

pfiehlt deshalb, die Frage nicht in der Verfassung, sondern in einem Spezialgesetz über die Publikation zu regeln. Dort soll festgestellt werden, welche rechtliche Wirkung der Publikation zukommen solle. In der Sitzung des Plenums vom 14.12.1849 kommt sodann kein Beschluß in dieser Frage zustande. Es besteht Befürchtung, eine Regelung könne einen Eingriff in die Funktion der richterlichen Gewalt darstellen. Es herrscht aber Übereinstimmung, daß das Prüfungsrecht generell noch nicht durch Art.105 Abs.1 (jetzt Art.106 PrV) ausgeschlossen ist[95].

Die Regierung hält aber an ihrer Ansicht fest. Wie schon erwähnt, ist in der königlichen Proposition Nr.13 als Zusatz zu dem damaligen Art.105 eine die Prüfung ausschließende Bestimmung enthalten, wonach "die Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Verordnungen nur von den Kammern zur Erörterung gezogen werden kann"[96]. Motiviert wird die Proposition folgendermaßen: "Die Grenze zwischen dem Gebiet der Gesetzgebung und dem der Verordnung, welche die Vollziehung der Gesetze vermittelt, ist in vielen Fällen schwer zu ziehen. Die Kammern sind berufen, ihre verfassungsmäßigen Rechte auch in dieser Beziehung zu wahren. Solange keine derselben behauptet, daß durch die Erlassung einer Verordnung in das Gebiet der Gesetzgebung eingegriffen sei, werden die Gerichte und die anderen Behörden die Verordnung als verfassungsmäßig erlassen um so mehr ansehen müssen, als entgegengesetzten Falles die drei Faktoren der Gesetzgebung, obgleich sie übereinstimmend der Ansicht waren, daß eine bloße Verordnung genüge, zur Erlassung eines Gesetzes genötigt werden könnten, welches bestimmt, daß es zur Regelung der Angelegenheit, über welche die Verordnung ergangen sei, eines Gesetzes

---

95) Vrhdl. a.a.O. Seiten 1698 und 1713-1723

96) Vrhdl. der 1.Kammer von 1850, Band 5,, Seite 2216, und der 2.Kammer von 1850, Band 4, Seite 1876

nicht bedürfe"[97]. Davon ausgehend wird auch auf die Unzulässigkeit der Prüfung der Verordnung geschlossen.

Gegen den Vorschlag der Krone spricht sich die Revisionskommission mit der Begründung aus, er sei ein Eingriff in die Rechte der Richter[98]. Das Plenum der zweiten Kammer nimmt aber die Proposition Nr.13 der königlichen Botschaft in der vom Abgeordneten Dürre beantragten Fassung an: "Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern den Kammern zu"[99]. Dies geschieht, nachdem der Abgeordnete Broicher sich für den Regierungsvorschlag, der Abgeordnete Simson für den Kommissionsbeschluß, der Justizminister Simons sich für den Antrag Dürre ausgesprochen hat[100].

Als sich dann die erste Kammer dem Beschluß der zweiten anschließt[101], obwohl im Zentralausschuß folgende andere Fassung beschlossen worden ist: "Die verbindende Kraft gehörig verkündeter königlicher Verordnungen darf von den Behörden nicht zur Erörterung gezogen werden, solange das Recht zur Mitwirkung der Kammern von keiner derselben in Anspruch genommen worden ist"[102], wird der Antrag Dürre als Art.106 Abs.2 PrV in die revidierte Verfassung vom 31.12.1850 aufgenommen[103]. Damit läßt sich auch erklären, daß Abs.2 nicht eine unverständliche Folgerung aus Abs.1 ist, sondern, daß jeder der beiden Sätze eine selbständige Geschichte und Bedeutung hat.

---

97) Vrhdl. der 2.Kammer 1850, Band 4, Seite 2161
98) Vrhdl. a.a.O., Seite 2077
99) Vrhdl. a.a.O., Seite 2119
100) Vrhdl. a.a.O. , Seiten 2119-2124
101) Vrhdl. der 1.Kammer, Band 5, Seite 2376
102) Vrhdl. a.a.O., Seite 2373
103) Vrhdl. a.a.O., Seite 2376

c) Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte des Art.106 PrV

Aus der dargelegten Entstehungsgeschichte des Art.106 PrV lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

aa) Art.106 Abs.1 PrV enthält keine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts

Die Verhandlungen, die zur Abfassung und Entstehung des Art.106 PrV führen, zeigen deutlich, daß Abs.1 dieser Vorschrift mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Prüfung sowohl Gesetzen als auch Verordnungen gegenüber nichts zu tun hat. Die Regelung: "Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind" ist allein Gegenstand der Behandlung in den Kammern, und wird mit der richterlichen Prüfung nicht in Verbindung gebracht. Zwar werden in den Beratungen auch Anträge zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts gestellt, jedoch vielfach ohne mit Art.106 PrV in Bezug gesetzt zu werden. Diese Anträge beziehen sich im allgemeinen auf andere Artikel.

Würde der Gesetzgeber die Ausschließung des Prüfungsrechts schon durch die Publikationsbestimmung als erfolgt ansehen, dann würde er die ausgedehnten Verhandlungen über den besonderen Zusatz unterlassen haben; er würde vor allem nicht einen die richterliche Prüfung ausschließenden Antrag abgelehnt haben, und zwar nicht etwa als Folge der Publikation, sondern vielmehr, weil er dem Richter die Prüfung abschneiden will, und das trotz der Existenz der Bestimmung, daß Gesetze und Verordnungen durch die Publikation verbindlich seien. Nach der in den Kammern von Abgeordneten geäußerten Ansicht ist es unzweifelhaft, daß der Ausschluß des Prüfungsrechts einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfe. Die Ausschließung der Prüfung königlicher Verordnungen in Abs.2 ist nicht eine Bestätigung der Unzulässigkeit der Prüfung, sondern eine Einschränkung der Zulässigkeit der Prüfung. Die Verkündung ist prinzipiell nur eine Voraussetzung der

Verbindlichkeit einer Norm und erzeugt diese nicht etwa[104]. Die Streichung der Wörter "nur" und "zuvor" aus der ursprünglichen Fassung des Abs.1: "Gesetze und Verordnungen sind nur verbindlich, wenn sie zuvor in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind", hat nur zum Zweck, wie die Verhandlungen dazu ergeben, jenen Absatz völlig neutral zu gestalten. Abs.1 soll nichts für die Prüfung besagen, aber ebenso ist man sich einig, daß er nichts gegen jene besagen soll.

Würde man aus Abs.1 den Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts herauslesen, so würde das somit eine Auslegung sein, die nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde.

bb) Art.106 Abs.2 PrV enthält lediglich eine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber königlichen Verordnungen

Die Verhandlungen und der Text des Art.106 PrV lassen weiter den Schluß zu, daß bei Revision der Verfassungsurkunde allgemein ein Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen angenommen wird. Dies folgt gerade aus dem Prinzip der Gewaltenteilung als organisatorischer Funktionenteilung, in der Exekutive und Judikative gleichrangig nebeneinander stehen. Danach wird auch der Text des Art.106 Abs.2 PrV ausgerichtet. Man bestimmt nicht etwa - von der Ansicht ausgehend, daß das Prüfungsrecht bei Verordnungen unzulässig sei - die Zulässigkeit des Prüfungsrechts der von den Verwaltungsbehörden ausgehenden Verordnungen, sondern man bestimmt umgekehrt, von der Ansicht ausgehend, daß das Prüfungsrecht bei Verordnungen zulässig sei, die Unzulässigkeit des Prüfungsrechts der königlichen Verordnungen. Das Prüfungsrecht der sonstigen Verordnungen ist nicht

---

104) Roenne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Seite 393

Gegenstand einer Regelung. Man hält es für gegeben.

Die königliche Proposition Nr.13 hat den Ausschluß der Prüfung aller Verordnungen zum Inhalt. Statt dessen werden jedoch in ausdrücklicher Beschränkung nur königliche Verordnungen in Art.106 PrV erfaßt, womit das Prüfungsrecht für alle anderen für vorhanden erachtet wird. Selbst die Regierung erklärt sich mit der Einschränkung der Proposition einverstanden. Der Wortlaut des Art.106 Abs.2 PrV läßt ebenfalls keine Zweifel, daß Verordnungen der Verwaltungsbehöden vom Prüfungsrecht nicht ausgeschlossen sind, da diese Vorschrift allein von königlichen Verordbungen spricht und folglich als Umkehrschluß die sonstigen Verordnungen von der Bestimmung nicht ergriffen werden.

d) Zusammenfassende Interpretation des Art.106 PrV

Abs.1 bringt also lediglich konfirmativ zum Ausdruck, daß Gesetze und Verordnungen ohne Verkündigung nicht verbindlich sein sollen. Planck[105], Stockmar[106], Stengel[107], Arndt[108], Sieburg[109] und John[110] verkennen, daß die Publikation nicht die Verbindlichkeit einer Norm erzeugt, sondern ein unerläßliches äußeres Merkmal für den Eintritt der Verbindlichkeit ist. Aus Abs.1 läßt sich insbesondere keine Entscheidung zum richterlichen Prüfungsrecht herauslesen.

---

105) Die verbindliche Kraft der nicht auf verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen, in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seiten 322, 324 ff.

106) in ÄgidisZ Band 1, Seiten 179 ff., 196 ff.

107) Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Seite 175

108) AÖR Band 18, Seite 180

109) Preußisches Verwaltungsblatt Band 32, Seiten 309 ff.

110) in ÄgidisZ Band 1, Seiten 244 ff., 268

Die genannten Autoren verkennen ferner, daß auch Art.106 Abs.2 PrV - mit Ausnahme des dort geregelten Falles - keinen Schluß auf das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen zuläßt. Die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt dies deutlich. Abs.1 und Abs.2 haben getrennt voneinander ihre eigene Bedeutung. Art.106 Abs.2 PrV weist eindeutig das Prüfungsrecht königlicher Verordnungen den Kammern zu, weil den Behörden das Urteil darüber abgeschnitten sein soll, ob der König allein oder mit den Kammern zu deren Erlaß kompetent ist. Daraus folgt, da eine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts sonstiger Verordnungen in Art.106 PrV nicht getroffen ist, daß der Richter zu deren Überprüfung befugt sein soll. Der Umfang des Prüfungsrechts bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Weder die Verhandlungen, noch der Text ergeben schlüssig, daß das richterliche Prüfungsrecht in der Preußischen Verfassungsurkunde geregelt ist. In Art.106 Abs.2 PrV ist lediglich bestimmt, daß königliche Verordnungen nicht von den Behörden, sondern von den Kammern zu überprüfen sind. Dieser Bestimmung liegt, wie schon angedeutet, die Absicht zugrunde, den Richter nicht über die für ihn vermeintlich schwierige Frage entscheiden zu lassen, ob zu einer Regelung die Zustimmung der Kammern erforderlich sei oder nicht. Man hält es für unerträglich, der Richter könnte zu einer Vorschrift die Zustimmung der Kammern für nötig erachten, während diese selbst entgegengesetzter Ansicht sind[111].

Folgerichtig schließt Art.106 Abs.2 PrV nur das Prüfungsrecht gegenüber königlichen Verordnungen aus, da allein bei diesen das Erfordernis der Zustimmung der Kammern zwei-

---

111) Vgl. Motive zu Proposition Nr.13 der vom König an die Kammern gerichteten fünfzehn Propositionen vom 7.1.1850

felhaft sein kann, nicht jedoch gegenüber sonstigen Verordnungen oder Gesetzen, da unzweifelhaft im ersten Fall die Zustimmung der Kammern entbehrlich, im zweiten Fall aber erforderlich ist. Der mit der Normierung der Ausschließung des Prüfungsrechts königlicher Verordnungen verfolgte Zweck läßt die allgemeine Frage nach dem Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen unberührt.

e) Stellung des Art.106 PrV zur Reichsverfassung von 1871

Eine Einschränkung erfährt Art.106 Abs.2 PrV nach dem Inkrafttreten der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871. Art.2 Abs.1 RV bestimmt, "daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen"[112]. Es kann kein Zweifel bestehen, daß für den Richter daraus das Prüfungsrecht auch gegenüber königlichen Verordnungen besteht, soweit diese dem Reichsrecht widersprechen. Daran ändert auch das in Art.106 Abs.2 PrV ausgesprochene Prüfungsverbot nichts, da die Reichsgesetzgebung in ihrer Funktion der Landesgesetzgebung übergeordnet ist (Reichsrecht bricht Landesrecht).

2. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen nach der Reichsverfassung von 1871

a) Fortsetzung der konstitutionellen Monarchie im Deutschen Reich

Durch die Reichsgründung von 1871 ändert sich in bezug auf das richterliche Prüfungsrecht im Prinzip nichts. Träger der souveränen Reichsgewalt ist nicht der Kaiser, sondern die Gesamtheit der deutschen Staaten, als ideelle Einheit gedacht. Der Kaiser als solcher hat nicht das Recht, an der Tätigkeit des Bundesrates teilzunehmen; nur der König von Preußen als Mitglied des Reiches hat Anteil

---

112) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Seite 90

am Bundesrat.

Das Organ, das den Gesetzen die Sanktion erteilt, ist also nicht der Kaiser, sondern der Bundesrat[113]. In seinem Beschluß kommt der staatliche Herrschaftswille unmittelbar als einheitlicher Gesamtwille der Einzelstaaten zum Ausdruck[114].

b) Die Reichsverfassung von 1871

Die Reichsverfassung von 1871 enthält keine Regelung des richterlichen Prüfungsrechts.

Manche Autoren[115] versuchen aus dem Wortlaut des Art.17 RV: "Dem Kaiser steht .... die Überwachung der Ausführung der Reichsgesetze zu" und "Die Anordnungen und Verfügungen des Kaisers werden im Namen des Reichs erlassen ...."[116] für das Reichsrecht eine Regelung zu sehen, die das richterliche Prüfungsrecht ausschließe. Sie gehen davon aus, daß Art.17 dem Kaiser die Befugnis gebe, die Ausführung aller von ihm ausgefertigten und verkündeten Anordnungen zu überwachen und damit ihre Anwendbarkeit zu erzwingen.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht läßt sich mit wenigen Worten nachweisen: in ihr wird die richterliche Unabhängigkeit außer acht gelassen. Diese Ansicht hätte die Weisungsgebundenheit der Gerichte, entsprechend der Verwaltung, zur Folge. Die Überwachung der Ausführung richtet sich ferner nicht gegen die Reichsbehörden, sondern

---

113) Vgl. Art.5 und 7 RV

114) Vgl. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1, Seiten 237 f., 256; Band 2, Seiten 29 f., insbesondere 33

115) So auch Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes, Seiten 131 ff., insbesondere Anm.99

116) Dennewitz,Die Verfassungen der modernen Staaten, Seite 95

gegen die Einzelstaaten[117].

Aus Art.19 RV: "Wenn Bundesglieder ihre verfassungsmäßigen Bundespflichten nicht erfüllen, können sie dazu im Wege der Exekution angehalten werden"[118] glaubt Thudichum[119] herauslesen zu können, daß bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit verkündeter Reichsgesetze und Verordnungen nicht die Gerichte der Einzelstaaten, sondern nur der Bundesrat die Rechtmäßigkeit festzustellen habe; den Gerichten der Einzelstaaten sei dadurch die Prüfungsbefugnis genommen.

Das Fehlerhafte dieser Ansicht liegt auf der Hand. Art.19 RV bezieht sich allein auf die Bundesglieder. Die Behörden dieser Staaten können durch die Reichsregierung selbst nicht verpflichtet werden und so ist diese darauf verwiesen, über die Landesregierung das Erforderliche zu veranlassen.

Die Reichsverfassung enthält also keine Bestimmung, die das richterliche Prüfungsrecht von Verordnungen ausschließt. Ihre Prüfung steht den Richtern gemäß den allgemeinen Grundsätzen zu.

§ 3 Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen

Die in § 3 dieser Arbeit zu behandelnde Frage kann folgendermaßen formuliert werden: Ist der Richter berechtigt, zu prüfen, ob ein Gesetz vorschriftsmäßig zustande gekommen

---

117) Vgl. Arndt, Verfassung des Deutschen Reiches, Seiten 61 f. - Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1, Seiten 107 ff., Band 2, Seite 208

118) Dennewitz, a.a.O.

119) Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zollvereins, Seite 97

ist und inhaltlich nicht gegen Bestimmungen höheren Ranges verstößt.

I. Nach allgemeinen Kriterien

Es sind hierbei im wesentlichen drei Richtungen zu untersuchen:

A) die das formelle und das materielle richterliche Prüfungsrecht verneinenden Theorien,

B) die das formelle und materielle richterliche Prüfungsrecht bejahenden Theorien,

c) die das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahenden und das materielle verneinenden Theorien.

A) Kritik der das formelle und das materielle richterliche Prüfungsrecht verneinenden Theorien

1. Grundsätzliches

Das formelle Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen schließt kein Schriftsteller gänzlich aus; selbst diejenigen nicht, die als die Prüfung im weitesten Umfang verneinend anzuführen sind. Sie lassen die Prüfung bestimmter äußerer Formalien der Publikation zu[120]. Dies geschieht aber nur aus dem Grunde, weil nach allgemein übereinstimmender Auffassung eine Rechtsnorm ungültig, nicht existent und nicht verbindlich ist, wenn die vorgeschriebene Bekanntmachung fehlt. Der Richter hat sich also von dem Vorliegen der Publikation zu überzeugen[121].

---

120) Vgl.: Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Band 2, Seiten 629,630 - Wächter, Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seite 14 - Kahn, in AnnDR 1907, Seite 487 - Roenne in Roenne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Seite 54 mit Anm.1

121) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 24, Seite 3; Band 43, Seite 420

Zu den Stimmen, die das Prüfungsrecht auf diesen Umfang beschränken, sind zu zählen: Bischof[122], H.A.Zachariae[123], Zöpfl[124], Held[125], die Juristenfakultät Leipzig[126],

---

122) In GießnZ Band 16, Seiten 235, 385 ff.; Band 17, Seiten 104 ff., 253 ff.; Band 18, Seiten 129 ff., 302 ff. Beachtenswert sind seine Ausführungen über das Gesetz als höchste Macht im Staate; er kommt zu dem Ergebnis, daß der Richter mit der Prüfung seine Kompetenz überschreite.

123) Deutsches Staats- und Bundesrecht, Seiten 178,179, 241 ff. Seine Ausführungen sind mißverständlich; er bejaht neben der Prüfung von Formalien als Besonderheit die Prüfung, ob dort, wo ein Gesetz nötig ist, die äußere Form des Gesetzes vorliegt. Hinter dieser Absonderlichkeit steckt aber nichts anderes als eine Prüfung gegenüber der Verordnung, wenn dies auch expressis verbis nicht gesagt ist. Wenn nämlich eine Anordnung ohne Zustimmung der Stände ergangen ist, obwohl diese nötig war, so muß nach H.A.Zachariae der Richter dies feststellen, sich aber damit zufrieden geben, daß nur äußerlich ein Gesetz vorliegt. Ob tatsächlich die Zustimmung der Stände erfolgt ist, darf nach ihm der Richter nicht prüfen.

124) Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Band 2, § 451. Er gibt keine eigentliche Begründung für die Ablehnung der Prüfung der Formalien; seine Ansicht geht allgemein dahin, daß der Richter mit der Prüfung seine Kompetenz überschreite.

125) System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, Band 2, Seiten 95 ff. in Verbindung mit Seiten 77 ff. Held nimmt insofern eine Sonderstellung unter den Autoren ein, als er nichtige von anfechtbaren Gesetzen unterscheidet. Den Mangel der Zustimmung der Kammern sieht er nicht als Nichtigkeitsgrund an. Er verneint jedoch nicht grundsätzlich das richterliche Prüfungsrecht. Formell nichtige Gesetze schließen nach ihm die Verbindlichkeit für den Richter aus. Damit billigt er dem Richter ein soweit gehendes Prüfungsrecht zu.

126) Mitgeteilt von Schweitzer, in Martins Jahrbuch 1826, Band 1, Seite 320

G.Weber[127], Linde[128], Mittermaier[129], Stahl[130], Weiß[131], Stabel[132], Schmitthenner[133], Heinrich Martin[134], Schlayer[135], Kaltenborn[136], Stubenrauch[137], Ullmann[138],

---

127) "Das rheinische Assisenpräsidium und die Unabhängigkeit der Gerichte",in Nr.16-20 der Teutschen Vaterlandszeitung, herausgegeben von Papst, 1833, abgedruckt in den"Beiträgen zum constitutionellen teutschen Staatsrechte", Darmstadt 1833, Heft 2, Seiten 38 ff.

128) AcP Band 16, Seiten 305 ff. Er steht noch auf dem überholten Standpunkt, daß zwischen Gesetz und Verordnung rechtlich kein Unterschied bestehe. Dagegen erkennt er frühzeitig die Sanktion als den eigentlichen Gesetzgebungsakt (Seite 329).

129) AcP Band 17, Seiten 309 ff.

130) Die Philosophie des Rechts, Band 2, Rechts- und Staatslehre, Seiten 670 ff. Gegen ihn besonders zu vergleichen: Vollert, ZStaatsw. Band 10, Seiten 599 ff., 612 ff. - Stockmar, GießnZ, Band 10 N.F., Seiten 229 ff. - Stubenrauch, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seite 245

131) System des deutschen Staatsrechts, Regensburg 1843, Seite 692, Anm.d), mit Seiten 719, 720. Er streift die Frage des Prüfungsrechts nur, da er der Ansicht ist, das Prüfungsrecht liege außerhalb der richterlichen Sphäre. Dagegen erkennt er den Charakter der Zustimmung der Volksvertretung richtig als wesentlich (Seite 671)

132) Vorträge über das französische und badische Zivilrecht, Freiburg 1843, Seiten 24 ff. Er hält den Richter fälschlich in Baden als den Anordnungen der Verwaltung unterworfen und beruft sich auf § 67 der Badischen Verfassung von 1818. Mit der Feststellung,daß die Gerichte die Gesetze nicht außer Wirksamkeit setzen können, rennt Stabel offene Türen ein. Abgesehen davon handelt es sich darum gar nicht, sondern um die Nichtanwendung seitens des einzelnen Gerichts im einzelnen Fall.

133) Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Band 3 der zwölf Bücher vom Staate, Seiten 553 ff. Seine nur kurzen Ausführungen enthalten keine eigentliche Begründung. Er behauptet lediglich, daß der Richter mit der Prüfung seine Kompetenz überschreite.

134) Die kurhessischen Verordnungen v. 4.7. und 28.9.1850, Seiten 1 ff.; derselbe, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Anordnungen gegenüber dem Erforder-

Böhlau[139], Schmid[140], Stockmar[141], C.S.Zachariae[142]

---

nisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen. Gegen ihn besonders zu vergleichen: H.A. Zachariae in Zachariae-Pfeiffer, Rechtliche Beleuchtung der Kurhessischen Septemberverordnungen - Planck, in Jherings Jahrbuch Band 9, Seiten 288 ff. - Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Seite 160

135) in GießnZ Band 10, Seite 244. Er ist noch tief im Gedankengut des Absolutismus verhaftet; er sieht in der Regierungsgewalt die höchste Gewalt im Staate, derem Inhaber der Monarch ist.

136) Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht, Seiten 351 ff. Er lehnt das Prüfungsrecht ab, da er in ihm eine richterliche Kompetenzüberschreitung sieht.

137) Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 201 ff. Auch seine Ausführungen laufen darauf hinaus, daß der Richter mit der Prüfung die ihm zugewiesene Sphäre verlasse, worin keine eigentliche Begründung steckt.

138) in ZStaatsw. Band 24, Seiten 333 ff. Zur Ablehnung des Prüfungsrechts beruft er sich im wesentlichen auch auf Kompetenzüberschreitung des Richters.

139) Mecklenburgisches Landrecht, Band 1, Seiten 301,insbesondere 305 ff.

140) Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts, Seiten 123 ff. Er ist wohl der erste, der sich zu der Frage des richterlichen Prüfungsrechts von Gesetzen in der konstitutionellen Monarchie geäußert hat. Schmid ist in ganz entgegengesetztem Sinne zitiert worden. Linde, AcP Band 16, Seite 334, und Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Band 2, Seite 630, nennen ihn als Gegner des richterlichen Prüfungsrechts. Dagegen haben sich gewandt: Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Seite 28; H.A.Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Seite 242; Juristenfakultät Tübingen, bei Dahlmann, Gutachten der Juristenfakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen die hannoversche Verfassungsfrage betreffend, Seite 345; Vollert, ZStaatsw. Band 10, Seite 589; Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Band 3, Seite 279, Band 5, Seiten 553 ff. Die erstgenannten sind im Recht. Zunächst ist wohl die Verneinung des materiellen Prüfungsrechts aus Schmids Ausführungen ziemlich deutlich zu entnehmen, so auf Seite 123; das formelle richterliche Prüfungsrecht ist bei ihm, wie ja bei mehreren Schriftstellern der älteren Zeit, nur ein Prüfungsrecht der Formalien, wie der Gegenzeichnung und Verkündigung. Von einem Prüfungsrecht weiterer

und Pözl[143].

Darüber hinaus lehnen die genannten Autoren das richterliche Prüfungsrecht ab. Sie sagen untereinander mehr oder weniger abweichend, jedoch zusammengefaßt im wesentlichen übereinstimmend: Der Monarch allein sei der Gesetzgeber, und er sei in seinen Entschließungen völlig frei;[144] der Richter sei jeder allgemeinen Anordnung des Monarchen unterworfen und habe sie zu befolgen, soweit sie nur gehörig publiziert sei; jede allgemeine Anordnung des Monarchen, die als Gesetz verkündet sei, sei als ein gültiges, verfassungsmäßiges, verbindliches Gesetz anzusehen; daher sei insbesondere nicht zu prüfen, ob die Zustimmung der Kammern vorliege; mit anderen Worten: die Zustimmung der Kammern sei nicht wesentlich für den Erlaß eines Gesetzes.

In dieser Ansicht steckt noch ein großes Stück absolutistischer Denkungsart. Diese Autoren verkennen nicht nur die Stellung der Gerichte im Staat, sondern vor allem die Stellung der Kammern.

Formalien kann bei ihm nicht die Rede sein; er sagt auch ganz deutlich auf Seite 125, daß die äußere Rechtmäßigkeit nicht der richterlichen Beurteilung entzogen sei. Seine Begründung geht aber fehl.

141) GießnZ Band 10 N.F., Seiten 33 ff.,60 ff., 223

142) AcP Band 16, Seiten 145 ff. Zur Verneinung des Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen gibt er keine eigentliche Begründung. Er sagt nur: "Es liegt in dem Wesen der konstitutionellen Monarchie, daß eine jede Vorschrift, welche die Zustimmung der Kammern und die Sanktion des Fürsten erhalten hat, schlechthin verpflichtend sei, sobald sie nur in dieser Eigenschaft auf die verfassungsmäßige Weise beglaubigt ist".

143) Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, § 161, Anm.5

144) Es ist dies noch zu Beginn der Herrschaft der konstitutionellen Monarchie die allgemeine Auffassung vom monarchischen Prinzip. Vgl.: Kaufmann, Die Staatslehre des monarchischen Prinzips, Dissertation Halle 1906 - Mainer, Die Lehre vom monarchischen Prinzip, Dissertation Berlin 1913

2. Kontrasignatur, Promulgation, Sanktion und Publikation

Eine Anzahl von Autoren geht zwar davon aus, daß ein Richter, bevor er ein Gesetz anwendet, sich von dessen rechtlicher Existenz zu überzeugen hat; diese Autoren sind aber der Ansicht, daß formelle Kriterien vorhanden sind, "an welchen die rechtswirksame Existenz eines Gesetzes erkannt werden kann"[145]. Zu diesen Kriterien zählen: die ministerielle Gegenzeichnung, die Verkündigung, die Ausfertigung und die Sanktion.

a) Die Ministerverantwortlichkeit und Kontrasignatur

Regelmäßig finden sich in den Verfassungen Bestimmungen, die darauf hinauslaufen, die Minister für Gesetzesakte verantwortlich zu machen. So lautet beispielsweise Art.44 PrV: "Die Minister des Königs sind verantwortlich. Alle Regierungsakte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt"[146]. Im Reich entspricht dem Art. 17 RV: " .... Die Anordnungen und Verfügungen des Kaisers werden im Namen des Reichs erlassen und bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Reichskanzlers[147].

Es wird versucht, aus diesen Bestimmungen den Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts herzuleiten. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß, wenn nach der Verfassung dem Minister die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit obliege, und dies äußerlich durch die Unterschrift in Erscheinung trete, dann niemand sonst berufen sei, nochmals seinerseits eine

---

145) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 45

146) Dennewitz,Die Verfassungen der modernen Staaten, Seite 77

147) Dennewitz a.a.O., Seite 95

derartige Prüfung anzustellen[148].

Es kommt darauf an, ob die ministerielle Gegenzeichnung die Kraft hat, für jedermann, einschließlich des Richters, bindend die Rechtmäßigkeit einer Anordnung festzustellen. Dies ist aber ohne eine dahingehende positive Bestimmung[149] zweifellos nicht der Fall, weil die Einrichtung der Ministerverantwortlichkeit an und für sich einen ganz anderen Zweck verfolgt[150]. Der Zweck dieses Instituts ist in der Übernahme der Verantwortlichkeit für einen Regierungsakt des Staatsoberhaupts zu finden. Hierauf ist die Betonung zu legen, nicht auf die damit verbundene Versicherung der Ordnungsmäßigkeit der Norm. Sicherlich hat der Minister eine Ordnungsfunktion im Gesetzgebungsverfahren zu erfüllen und hat hierfür die Verantwortung den Kammern gegenüber zu übernehmen. Es kann aber nicht davon die Rede sein, daß durch das Institut der Ministerverantwortlichkeit die Gültigkeit einer Norm allgemeinverbindlich festgestellt wird.

---

148) So Martin (Heinrich), Die kurhessischen Verordnungen vom 4.7. und 28.9.1850, Seiten 11 ff., 17 ff.; derselbe, Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Anordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen, Seiten 59, 60 - Ullmann, ZStaatsw. Band 24, Seiten 343,402 ff.; vgl. auch Linde, AcP Band 16, Seite 357, und Held, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, Band 2, Seite 95. Es ist zu beachten, daß Bischof und Mittermaier, die das Prüfungsrecht in weitestem Umfang verneinen und sagen, eine "Norm sei verfassungsmäßig, sobald sie gehörig publiziert und kontrasigniert sei", keineswegs damit die Gegenzeichnung als ein für sich entscheidendes Kriterium hinstellen wollen. Den Ausschluß des Prüfungsrechts folgern sie vielmehr aus dem monarchischen Prinzip und dem Notrecht; sie ziehen die Gegenzeichnung lediglich zur Unterstützung ihrer Ansicht heran. Nur bei den zitierten Autoren kann man die Gegenzeichnung als selbständigen Grund für den Ausschluß des Prüfungsrechts anführen.

149) Diese findet sich nur im Staatsgrundgesetz des Fürstentums Reuss jüngere Linie von 1849, § 107

150) Vgl.auch Planck in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seiten 310, 328, 335 ff.

Es kommt noch des weiteren hinzu, daß für zahlreiche Staaten die Ministerverantwortlichkeit gar nicht in dem angegebenen Sinne ins Feld geführt werden kann, weil sie sich nur auf "dolus" beschränkt, so daß Fahrlässigkeit nicht gedeckt wäre. Aber selbst da, wo diese Beschränkung nicht vorliegt, ist doch immer für die Verantwortlichkeit des Ministers "culpa" erforderlich, so daß also die Fälle des entschuldbaren Irrtums, mit denen gerade zu rechnen ist, nicht betroffen würden. Außerdem ist es nicht allenthalben vorgeschrieben, daß jede Anordnung des Staatsoberhaupts von einem Minister gegengezeichnet werden müsse. Ferner ist zu beachten, daß das Institut der Ministerverantwortlichkeit zunächst nur bezweckt, den verantwortlichen Minister zur Rechenschaft zu ziehen, so daß die Verfassungswidrigkeit noch bestehen bleiben würde. Damit entfällt für den Richter die Annahme der Gegenzeichnung als bindendes Kriterium[151)].

Es ergibt sich somit ohne weiteres, zu welchen widerspruchsvollen Konsequenzen es führen würde, würde man die ministerielle Gegenzeichnung als verbindliches Kriterium für die Feststellung der Rechtmäßigkeit von Gesetzen anerkennen. Bekanntlich bedürfen im allgemeinen nicht nur Gesetze, sondern auch die Verordnungen und die Verfügungen des Staatsoberhaupts der Gegenzeichnung. Es wird aber nicht behauptet, daß der Richter diese nicht überprüfen dürfe, wenn sie kontrasigniert seien. Was aber von dem einen gilt, gilt auch von dem anderen; man kann die Gegen-

---

151) Eines weiteren Eingehens auf das Wesen der Ministerverantwortlichkeit bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Vgl. darüber besonders: Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate - Richard Passow, Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland, Tübingen 1904 - Paul-G.Hoffmann, Monarchisches Prinzip und Ministerverantwortlichkeit, Jena 1911 - Marschall von Bieberstein, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn.

zeichnung nicht bald so, bald so auffassen[152].

b) Die Promulgation

Laband versteht unter Promulgation die Phase des Gesetzgebungsverfahrens, die die feierliche, urkundlich erfolgende Erklärung des gesetzgeberischen Willens umfaßt[153]. Er scheidet scharf davon die Sanktion und macht darauf aufmerksam, daß beide Akte tatsächlich oft zusammenfallen und dann äußerlich nicht voneinander zu unterscheiden sind.

Der Gedanke der Ausfertigung als einer Feststellung der Verfassungsmäßigkeit wird schon von Mohl[154] tangiert. Er führt ihn jedoch nicht klar aus; insbesondere macht er keinen Unterschied zwischen Ausfertigung und Sanktion. Erst Laband bildet die unterschiedlichen Begriffe von Promulgation klar aus. Er mißt der Promulgation die Wirkung einer unanfechtbaren rechtswirksamen Feststellung bei, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen sei. Dieser Theorie schließen sich an: Jellinek[155], Hänel[156],

---

152) Gegen jene Ansicht vgl. H.A.Zachariae in Zachariae-Pfeiffer, Rechtliche Beleuchtung der Kurhessischen Septemberverordnungen, Seiten 25 ff. - Gneist, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 227,228,235 - Jaques, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seite 249 - Planck, in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seiten 333,335 ff. - Schaffrath, Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Seite 18 - Jellinek, Georg, Gesetz und Verordnung, Seite 396

153) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seiten 13 ff.,42 ff.; derselbe, Deutsches Reichsstaatsrecht, Seiten 124 ff.; derselbe, AÖR Band 17, Seiten 440 ff. Labands ausführliche Erörterungen beziehen sich in erster Linie auf das Reichsrecht. Er schließt bei Gesetzen und Verordnungen die Nachprüfung aus, ob sie verfassungsmäßig zustande gekommen sind. Wie er sich zum Recht der anderen Staaten verhält, ist nicht mit Bestimmtheit zu sagen.

154) Das deutsche Reichsstaatsrecht, Seiten 291 ff.

155) Gesetz und Verordnung, Seiten 321 ff., 395 ff. Ausführlich und ganz allgemein; er weicht zum Teil von Laband ab, indem er beim Gesetz die materielle Prüfung durch die Ausfertigung ausschließt, andererseits aber

Zorn[157], Tezner[158], Mejer[159], Kirchenheim[160], Otto Mayer[161],

---

bei der Verordnung die Prüfung überhaupt zuläßt.

156) Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 2, Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung, Seite 1; derselbe, a.a.O., Band 3, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Seiten 63,64. Seine Ausführungen bleiben ganz allgemein und geben zu Vermutungen Anlaß, ob er der Ausfertigung die Wirkung einer praesumtio juris et de jure wie Laband beilegt, oder auch abgeschwächt nur die einer einfachen praesumtio juris. Er sagt nämlich, die Ausfertigung bewirke den "notwendigen öffentlichen Glauben". Seine Ausführungen a.a.O. Band 1, Die vertragsmäßigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, Seiten 263 ff., sprechen eher für die schwächere Wirkung.

157) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1: Das Verfassungsrecht, S.416. Seine Ausführungen sind nur kurz und beschränken sich auf das Reich.

158) in Wiener juristische Blätter 1887, Seiten 37 ff. Er betrachtet die Ausfertigung als einen besonderen Akt, der formgerecht die Existenz des Gesetzes oder der Verordnung beurkunde und die Grundlage für die Publikation bilde; was hinter ihr liege, dürfe von einer anderen Seite nicht mehr nachgeprüft, wohl aber bis auf sie zurückgegangen werden; die Publikation habe aber nicht die Kraft, zu binden, wenn sie von der Ausfertigung abweiche.

159) Einleitung in das deutsche Staatsrecht, Seite 297, Anm.16. Sich kurz für das Reich an Laband anschließend.

160) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Seite 119. Seine Ausführungen sind kurz und beziehen sich nur auf das Reich und auf Gesetze.

161) Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, Seiten 281,282; derselbe, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Seite 174. Seine Ausführungen sind nur kurz. Er verwendet den Gedanken der bindenden Feststellung ganz allgemein, indem er jeden hoheitlichen oder obrigkeitlichen Befehl, also auch der Verfügung diese Wirkung beilegt. Konsequent schließt er sowohl die formelle als auch die materielle Prüfung, und zwar sowohl bei Gesetzen als auch bei den Verordnungen aus.

Schulz[162], Anschütz[163], Lukas[164], Hatschek[165], Thoma[166],

---

162) Das Redaktionsversehen im § 138 a der deutschen Reichsgewerbeordnung, im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Band 12, Seite 445. Sich kurz an Laband für das Reichsrecht anschließend.

163) Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Band 4, Seiten 157 ff., 166 ff.; derselbe kürzer in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Seite 585, Anm.13. In der Unterzeichnung der Gesetzesurkunde sieht er ein Dreifaches: Die Sanktion, die Ausfertigung und den Verkündigungsbefehl. In der Ausfertigung liegt seiner Ansicht nach eine praesumtio juris et de jure für die Legalität des Zustandekommens und die Richtigkeit des Textes. Dennoch sieht er die Unzulässigkeit der materiellen Prüfung in der Überordnung der Gesetzgebung begründet.

164) Über die Gesetzespublikation in Österreich und dem deutschen Reiche, Seiten 3 ff., 342 ff. Er schließt sich der Ausfertigungstheorie im Sinne Labands für einen Teil der Verfahrensfehler an, während er im übrigen von vornherein die Publikation entscheiden läßt. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Beschränkung erfolgt.

165) Englisches Staatsrecht, Tübingen 1905, Band 4, Halbband 2, 4.Abteilung I des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 139. Er schließt sich mit kurzer Begründung hinsichtlich der Unüberprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit an Laband an.

166) Der Polizeibefehl im badischen Recht, Teil 1, Seite 429. Er schließt sich der Auffassung Labands an und legt ganz allgemein der Ausfertigung die bindende Kraft bei. Er versucht (Seite 441 ff.), zu rechtfertigen, daß die Ausfertigung nur die formelle Prüfung ausschließe. Da bei ihm von einem Zurückgehen auf die Originalurkunde nicht die Rede ist, entscheidet bei ihm in Wahrheit nicht die Ausfertigung, sondern die Publikation.

Hellwig[167], Calker[168], Waldecker[169], Breuer[170] [171].

---

167) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band2, Seite 152; derselbe, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 1, Seite 79.Er beschränkt sich in seinen kurzen Ausführungen auf das Reich: "Die Verkündigung im Reichsgesetzblatt beweist gemäß § 418 Zivilprozeßordnung, daß die kaiserliche Ausfertigung geschehen ist, diese wieder, daß die Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags erfolgt ist".

168) Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Band 19 des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 157. Er behandelt die Streitfrage besonders für Hessen; er faßt sich im übrigen kurz und lehnt sich Laband an.

169) JW 1916, Seite 596. Kurz sich an Laband und Anschütz anschließend. Er zieht einen verfehlten Vergleich mit der Aktiengesellschaft.

170) JW 1916, Seite 1110. In seiner kurzen Stellungnahme schließt er sich Laband an und betont, ohne eine Begründung zu geben, daß die Ausfertigung nur das verfassungsmäßige Zustandekommen, nicht den verfassungsmäßigen Inhalt bekunde.

171) Anhänger der Ausfertigungstheorie sind außerdem: Hensel, AnnDR 1882, Seite 25; Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Band 2, Seite 119; Gareis, Allgemeines Staatsrecht, Band 1, Halbband 1 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 175; Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, Heft 1 der Abhandlung aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, Seiten 68 ff.; Frormann, AÖR Band 14, Seite 55 und Dambitsch, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seiten 339 ff. Gegen den von Laband und anderen vertretenen Ausfertigungsbegriff sprechen sich aus: Seydel, in Seydel-Piloty, Bayerisches Staatsrecht, Band 1, Seite 840; derselbe, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, Seite 174 - Dyroff, AnnDR 1889, Seiten 852 ff., insbesondere 855,926 - Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Band 7, Seiten 1186 ff.; derselbe, Deutsches Privatrecht, Band 1, Seite 131, Anm.12 - Georg Meyer, AnnDR 1878, Seite 372; derselbe, in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Seite 566 - Arndt, sich zunächst unentschieden- in Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Seiten 184, 185 -, sich dann aber gegen Laband aussprechend - in Verfassung des Deutschen Reiches, 5.Auflage, Seiten 144,145; derselbe seine Laband ablehnende Ansicht beibehaltend:im Recht 1813, Seite 81; derselbe im AÖR

Von keinem dieser Schriftsteller läßt sich aber mit Bestimmtheit sagen, daß sie durch die Ausfertigung jede Prüfung der Rechtmäßigkeit durch den Richter ausgeschlossen wissen wollen. Die genannten Autoren behaupten vielmehr meist nur, daß die Ausfertigung die Herstellung der Originalurkunde bedeute. Dies würde aber, wenn nichts anderes gesagt ist, nur eine praesumtio juris für die Rechtmäßigkeit, nicht eine praesumtio juris et de jure nach sich ziehen. Ganz deutlich wird dies bei Schulze und Dambitsch. Denn erstgenannter bejaht das richterliche Prüfungsrecht überhaupt in weitestem Umfang und sagt[172], daß er die Ausfertigung anders als Laband auffaßt, und zweitgenannter schließt die Prüfung nur auf Grund des Wortlauts des Art.2 RV aus. Gareis und Fleischmann verlegen die Ausfertigung vor die Sanktion, sie stehen damit Seydel näher. Aber auch bei ihnen ist von einer endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit nicht die Rede. Das gleiche gilt von Bornhak zu sagen. Für das Reichsrecht ist nicht deutlich erkennbar, ob er sich der Ausfertigungstheorie Labands auch für deren Wirkung der bindenden Feststellung

---

Band 23, Seiten 415 ff. und JW 1916, Seiten 809 ff. - Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, AÖR Band 4, Seiten 22 ff., 54 ff. - Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Seite 198, Anm.4 - Oetker, Lebenserinnerungen, Band 3, Seiten 68 ff. - Regelsberger, Pandekten, Abteilung 1, Seite 136 - Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, § 19 Anm.5 - Liebenow, Die Promulgation (dagegen wendet sich Laband im AÖR Band 17, Seite 440) - Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Seiten 45,46 - Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Seite 187, Anm.7 - Kahn, AnnDR 1907, Seiten 597 ff. - Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Seite 288, Anm.20, Seite 292, Anm.28. Gegner der Labandschen Ausfertigungstheorie müssen auch alle die Autoren sein, die eine unbedingte Pflicht des Kaisers zur Ausfertigung und Verkündigung annehmen; s.die bei Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reichs,Band 1,Seite 416,Anm. 29, Zitierten. Denn dann ist jede Prüfung überflüssig und gegenstandslos, und kann dann keine weiteren Wirkungen haben.

172) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Seiten 527,528

der Rechtmäßigkeit anschließt. Er äußert sich[173] nur dahin, daß im Gesetzgebungsprozeß verschiedentlich Urteile über die Rechtmäsigkeit abgegeben werden und daß das Schwergewicht der Prüfung bei demjenigen Faktor liege, der die das Gesetz beschließende Tätigkeit darstelle. Er meint damit das sanktionierende Organ, verlegt aber im Gegensatz zu Laband die Prüfung vor die Sanktion[174]. Den Ausschluß der Prüfung scheint er aber nicht auf diese Feststellung der Rechtmäßigkeit, sondern auf die Publikation zurückzuführen, denn er meint:[175] "Für diejenigen, welche es angeht, wird daher das Gesetz verbindlich durch die Tatsache der Publikation". Für das preußische Recht streitet er dann auch ausdrücklich[176] der Sanktion und dem Verkündigungsbefehl die Kraft der bindenden Feststellung der Rechtmäßigkeit ab. Die Verneinung der Prüfung liest er dort schon aus Art.106 Abs.2 PrV heraus.

Jellinek erweitert den Gedanken Labands, indem er darauf hinweist, daß im legislatorischen Prozeß selbst verschiedene Momente vorhanden seien, denen "Urteilsnatur" zukomme[177]. Nicht nur die Ausfertigung und die Sanktion hätten diese Bedeutung, sondern auch die Erklärung einer jeden Kammer. Dadurch, daß diese ihre Zustimmung zum Erlaß eines Gesetzes erteile, bekunde sie, daß nach ihrer Überzeugung der Verfassung genüge getan sei[178] [179].

---

173) Allgemeine Staatslehre, Seiten 190 ff., insbesondere Seite 196, und Preußisches Staatsrecht,Band 1, Seite 528
174) Preußisches Staatsrecht, a.a.O.
175) Allgemeine Staatslehre, a.a.O.
176) Preußisches Staatsrecht,a.a.O., Seiten 554 ff.
177) Gesetz und Verordnung, Seiten 401 ff.
178) a.a.O. S.402
179) Zu weit verwendet Otto Mayer den Gedanken, da er ihn für jeden obrigkeitlichen Befehl, insbesondere für den Polizeibefehl, verwendet.

Es ist dem zuzustimmen, daß jeder Faktor, der im Laufe eines Gesetzgebungsverfahrens einen Entschluß oder eine Willenserklärung faßt, ohne die ein Gesetz nicht Existenzfähigkeit erlangen würde, gleichzeitig bekundet, daß seiner Überzeugung nach das zu Erklärende den verfassungsmäßigen Bindungen entspreche[180]. Dies liegt in der Natur der Sache; denn es ist davon auszugehen, daß niemand eine Erklärung abgeben würde, wenn er überzeugt ist, daß die verfassungsmäßigen Bedingungen nicht vorliegen. Eine andere Frage ist jedoch, ob dieser Entschluß oder diese Erklärung verbindlichen Charakter in der Weise hat, daß jedermann gegenüber die Übereinstimmung mit der Verfassung festgestellt ist, mit der Folge, daß dem Richter die Überprüfung dieser Frage nicht mehr zusteht. Diese Wirkung kommt aber der Ausfertigung nicht zu[181]. Zweck und Inhalt der Ausfertigung ist nicht die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, sondern, wie Laband es bezeichnet, die formelle Erklärung des Gesetzgebungswillens. Dem Begriff "Ausfertigung" liegt also nicht die Bedeutung einer Beurkundung darüber bei, daß gewisse Erfordernisse oder Voraussetzungen mit unanfechtbarer, jedermann gegenüber bindender Wirkung vorliegen[182].

---

180) Dambitsch - Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seiten 47 ff. - unterscheidet verschiedene Prüfungsinstanzen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, nämlich Reichstag, Bundesrat, Reichskanzler und Kaiser. Frormann - AÖR Band 14, Seiten 31 ff. - unterscheidet verschiedene Prüfungen des Kaisers im Gesetzgebungsverfahren, so vor der Einbringung des Gesetzentwurfs an den Reichstag, dann die der Ausfertigung und schließlich die der Verkündigung. Auch Bornhak - Allgemeine Staatslehre, Seiten 190 ff., und Preußisches Staatsrecht, Band 1, Seite 528 - macht auf die Tatsache aufmerksam, daß verschiedene Prüfungsstationen durchlaufen werden, namentlich vor der Sanktion. Vgl. dazu auch Planck, in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seite 353.

181) Das gilt von allen derartigen Feststellungen,wie der Publikation und Sanktion; s.dazu Planck, Vrhdl.4.DJT, Band 2, Seiten 45-47; derselbe, in Jherings Jahrbuch, Band 9,Seiten 307,310 ff.,355 - Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Band 2, Seite 45

Selbst wenn man unterstellt, jeder Faktor stelle für jedermann mit verbindlicher Wirkung die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm fest und eine Überprüfung derselben durch den Richter erscheine nach dem Grundsatz non bis idem[183] ausgeschlossen, so liegt hierin eine Aussage, die noch offen läßt, welcher Faktor im Gesetzgebungsprozeß die alleinverbindliche Feststellung trifft; der Grundsatz non bis idem ist nicht nur im Verhältnis der Gesetzgebung zur Rechtsprechung anzuwenden, sondern auch innerhalb der Gesetzgebung im Verhältnis der einzelnen Faktoren zueinander. Hierauf kommt es für die Fragestellung der Arbeit entscheidend an. Legt man einer der im Gesetzgebungsprozeß vorkommenden Feststellung der Verfassungsmäßigkeit die Kraft einer praesumtio juris et de jure bei, so ist entschieden, daß alle nachfolgenden Faktoren und insbesondere auch der Richter nicht nochmals mit allgemeinverbindlicher Wirkung eine solche Feststellung treffen können[184].

c) Die Sanktion

Der Gegensatz von Staat und Gesellschaft wird an der Gesetzessanktion deutlich. In der konstitutionellen Monarchie ist zum gültigen Zustandekommen eines Gesetzes, das in Eigentum und Freiheit eingreift, die Übereinstimmung des Monarchen und der Kammern und im Reich die Übereinstimmung der Merheitsbeschlüsse des Bundesrates und des Reichstages erforderlich[185].

---

182) Vgl. Planck, in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seite 314

183) Vgl. Jellinek Georg, Gesetz und Verordnung, Seite 402 (zu unterscheiden hiervon ist der Grundsatz "ne bis in idem"; das in Art.103 Abs.3 des Bonner Grundgesetzes niedergelegte Verbot der mehrmaligen Bestrafung)

184) S. auch Kahn, AnnDR 1907, Seite 597

185) Art.5 Abs.1 RV

Diese Gleichstellung bezieht sich jedoch vor allem auf die "sogenannte Initiative" der beiden Organe[186]. Denn zum Gesetz wird der festgestellte Gesetzesinhalt erst dadurch erhoben, daß die Befolgung seiner Vorschriften durch die Sanktion befohlen und angeordnet wird. Darin liegt die jedermann bindende Feststellung der Verbindlichkeit eines Gesetzes. Die Sanktion wird aber nur von dem Organ erteilt, das Träger der souveränen Staats- oder Reichsgewalt ist; dies ist im ersten Fall der Monarch, im zweiten die Gesamtheit der deutschen Staaten, als ideelle Einheit im Bundesrat gedacht[187].

Vor allem die älteren Autoren, die die Verneinung des Prüfungsrechts aus dem monarchischen Prinzip herleiten, kann man als Vertreter der Ansicht zitieren, daß durch die Sanktion jedermann gegenüber die verfassungsmäßige Übereinstimmung festgestellt sei und sich ein richterliches Prüfungsrecht - von der Überprüfung einiger Formalien abgesehen - erübrige. Sie sagen, wie schon an anderer Stelle erwähnt, daß der Monarch, wie auch der Bundesrat, der alleinige Gesetzgeber sei und das Fehlen der Zustimmung der Kammern keinen Einfluß auf die Gültigkeit eines Gesetzes habe; in der Sanktion liege der eigentliche Gesetzgebungsakt. Allein bei ihnen liegt der Ausschließungsgrund des Prüfungsrechts darin, daß nach ihrer Ansicht der Monarch alles allein ohne Zustimmung der Kammern rechtsgültig anordnen kann, während es sich doch darum handelt, ob in der Sanktion ein jedermann bindendes Urteil über die Rechtmäßigkeit liegt. Eine wirksame Kontrolle, entsprechend dem Sinn der Gewaltenteilung, ist aber nicht gegeben, wenn die Anordnung eines Aktes und deren Überprüfung sich in derselben Hand befinden.

---

186) So auch Dambitsch, Die Verfassung des deutschen Reichs, Seite 175

187) Vgl. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 33

Seydel scheint den richtigen Ansatz zu haben, da er erkennt, daß das Prüfungsrecht in der Polarität von Staat und Gesellschaft entschieden zu suchen ist, und sagt: "Die Frage, ob ein Gesetz rechtmäßig zustande gekommen ist, ist eine Frage zwischen Herrscher und Landtag. Sie ist in unanfechtbarer Weise entschieden, wenn auf Grund beiderseitigen Einverständnisses hierüber die Sanktion erfolgt ist"[188].

Der Feststellung Seydels[189] ist zuzustimmen, daß das richterliche Prüfungsrecht ausgeschlossen ist, "wenn seitens des Landtags gegenüber dem Herrscher die Erklärung abgegeben ist, daß der Entwurf die verfassungsmäßige Zustimmung des Landtags erhalten hat". Seydel ist auch zu folgen, daß durch die Sanktion das rechtmäßige Zustandekommen eines Gesetzes nicht in unanfechtbarer Weise festgestellt wird. Regelmäßig wird zwar anzunehmen sein, daß die Sanktion nur dann erfolgt, wenn die Kammern tatsächlich zugestimmt haben, so daß sich also auf Grund der Sanktion eine Vermutung für diese Tatsache ergibt. Aber diese Vermutung kann widerlegt werden, wenn beispielsweise die Sanktion irrtümlich in dem Glauben erteilt wurde, daß die Kammern zuge-

---

188) Bayerisches Staatsrecht, 1.Auflage, Seite 550, 2.Auflage, Seite 312; derselbe, in Seydel-Piloty, Bayerisches Staatsrecht, Seite 840 - (ähnlich Anschütz, in Kultur der Gegenwart, Band 2, Seite 345). An einer anderen Stelle widerspricht sich Seydel jedoch. Er sagt nämlich in seinem Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, Seite 43, mit Beziehung auf die Kollision von Reichs- und Landesgesetzen, "daß in diesem Falle der Richter oder die Verwaltungsbehörde nach eigenem Ermessen die Entscheidung zu treffen habe" und fährt dann fort: "dasselbe gilt dann, wenn es sich um Zweifel über die Auslegung oder über die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen handelt". Also geht er hier vom freien Prüfungsrecht aus, während er in seinem Bayerischen Staatsrecht, a.a.O., den Ausschluß desselben auf Grund der Übereinstimmung von Staatsoberhaupt und Landtag feststellt. Ein Grund für die Verschiedenheit der Behandlung wird nicht angegeben und ist auch nicht ersichtlich.

189) Bayerisches Staatsrecht, a.a.O.

stimmt hätten. Das Vorliegen der Zustimmung der Kammern als Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit kann also nicht aus der Sanktion gefolgert werden.

Deutlicher werden diese Gedanken von Dyroff herausgestellt, der sich im wesentlichen bei seiner Begründung Seydel anschließt[190]. Er stimmt zunächst mit ihm darin überein, daß der Sanktionierende prüfe, ob überhaupt ein sanktionsfähiger Entwurf vorliege und ob er verfassungsmäßig sei. Ausdrücklich unterscheidet er dann weiter "eine von dieser Feststellung verschiedene Konstatierung der Verfassungsmäßigkeit". Er legt weder der Ausfertigung noch der Sanktion die Kraft der bindenden Feststellung der Verfassungsmäßigkeit bei. Den Ausschluß des Prüfungsrechts folgert er vielmehr wie Seydel aus der Übereinstimmung des Königs und Landtags[191].

Diese Ansicht enthält einen richtigen Gedanken. Zwar wirken König und Landtag bei der "Ausübung der Staatsgewalt"[191a] zusammen. Gleichwohl besitzt nach dem monarchischen Prinzip der Monarch allein die Staatsgewalt; nur er erteilt die Sanktion, den Gesetzesbefehl. Eine wirksame Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes kann aber nicht von dem Organ ausgeübt werden, das gleichzeitig den Gesetzesbefehl erteilt. Hierzu ist der Landtag im Rahmen seiner Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren berufen, welcher Repräsentant der Gesellschaft, aber nicht Gesetzgeber ist.

d) Die Publikation

Es wird von einigen Autoren versucht, die Publikation zum entscheidenden formellen Kriterium für die Rechtmäßigkeit der staatlichen Anordnungen zu stempeln. Sie argumentieren:

---

190) In AnnDR 1889, Seite 847

191) a.a.O., Seite 855, insbesondere Anm.6 und Seiten 922 ff.

191a) E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band III, Seite 12

Wenn eine staatliche Anordnung gehörig verkündet sei, so habe damit gleichzeitig die Feststellung stattgefunden, daß das betreffende Gesetz verfassungsmäßig sei. Dieser Feststellung dürfe sich niemand widersetzen und nochmals seinerseits eine Prüfung anstellen.

Als Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Lukas[192], Bartolomaeus[193], Sieburg[194], Zorn[195], H.A.Zachariae[196] und Bornhak[197].

Nicht ohne weiteres verständlich ist Lukas. Man muß sich erst seine eigentümliche Theorie der Urkundeneigenschaft des Gesetzblatts, sowie seine besondere Terminologie der Redaktions- und Publikationsfehler klar machen. Unter Publikationsfehler versteht er alle Fehler des Gesetzgebungsverfahrens, die in dem auf die Ausfertigung folgenden Stadium unterlaufen sind, unter Redaktionsfehler alle die, die vor der Ausfertigung entstanden sind. Unter Urkundeneigenschaft des Gesetzblattes versteht er, daß die Publikation für Behörden und "Untertanen" hinsichtlich des Textes und der Gültigkeit des Gesetzes maßgebend sei[198]. Er läßt die Publikation selbst nur für die Publikationsfehler und eine kleine Gruppe von Redaktionsfehlern entscheiden, nämlich für die, die "mit der Ausfertigung der Originalgesetzesurkunde in engstem Zusammenhang stehen". Für alle übrigen Redaktionsfehler ist ihm aber grundsätz-

---

192) Über die Gesetzespublikation in Österreich und dem deutschen Reiche, Seiten 14,15 und 222 f.; derselbe, im Recht 1907, Seite 674

193) AÖR Band 13, Seite 595

194) Preußisches Verwaltungsblatt, Band 32, Seiten 309 ff.

195) in Roenne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Seiten 54 ff., insbesondere 59

196) Deutsches Staats- und Bundesrecht, Seiten 243 ff.

197) Allgemeine Staatslehre, Seiten 190 ff.

198) Über die Gesetzespublikation in Österreich und dem deutschen Reiche, Seiten 214 ff.

lich entscheidendes Kriterium die Ausfertigung, "die bindende Erklärung, daß das verfassungsmäßig vorgeschriebene Gesetzesverfahren auch wirklich eingehalten worden sei". Insoweit stimmt er mit Laband[199] überein; doch ist in Wahrheit bei ihm die Publikation das wirklich entscheidende Moment, nicht nur für die Publikations- und Redaktionsfehler. Denn die Ausfertigung soll nur soweit maßgebend sein, als sie publiziert ist. Weicht die Publikation von der Ausfertigung ab, so ist nach ihm nicht die Originalurkunde der Ausfertigung maßgebend, sondern die Publikationsurkunde. Damit wird aber die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit bei ihm in die Publikation, nicht in die Ausfertigung verlegt. Diese Wirkung besitzt die Publikation nicht[200].

Häufig ziehen Autoren die Publikation nur heran, um mit ihr, gleichsam bestärkend ihre, aus den verschiedensten Gründen resultierende Ausschließung der Prüfung zu stützen. In diesem schwächeren Sinne sind zu nennen: Ullmann[201],

---

199) AÖR Band 18, Seite 268

200) Linde, Stahl, Zöpfl, Kaltenborn und Schmitthenner betrachten die Publikation nur als ein äußeres Zeichen der Verfassungsmäßigkeit, während die Ausschließung der Prüfung nicht auf die Kraft der Publikation, sondern auf andere Ursachen zurückgeführt wird, wie zum Beispiel auf das monarchische Prinzip und das Notrecht. - Auch als selbständigen Ausschließungsgrund des Prüfungsrechts läßt sich die Publikation nicht ansehen. Diese Wirkung wird im Grunde genommen nicht der Publikation als solcher beigelegt, sondern dem Wortlaut einzelner Verfassungsbestimmungen, wie "Gesetze sind verbindlich, wenn sie publiziert sind". (Vgl. Art.106 Abs.1 PrV; Art. 2 RV)

201) ZStaatsw. Band 24, Seite 356

Stubenrauch[202], Hornbostel[203] und Juristenfakultät Leipzig[204].

Es kommt auch bei der Publikation darauf an, ob sie die Kraft hat, für jedermann, insbesondere für den Richter bindend die Rechtmäßigkeit einer Anordnung festzustellen. Die Frage ist dahingehend zu beantworten, daß ohne positive gesetzliche Bestimmung die Verkündigung diese Kraft nicht hat, weil sie einen ganz anderen Zweck verfolgt. Das Institut der Verkündigung bezweckt, die staatliche Anordnung in der Öffentlichkeit bekannt zu machen. Denn die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Anordnung muß vorhanden sein, wenn man ihr gegenüber Gehorsam fordern will. Derjenige, welcher sagt, wer publiziere, stelle damit jedermann gegenüber zugleich fest, daß das Gesetz rechtmäßig sei, legt etwas in diesen Akt hinein, was nicht in ihm steckt.

Es läßt sich allerdings annehmen, daß wer eine Anordnung verkündigt, zuvor für sich feststellt, daß die Anordnung rechtmäßig ist. Denn wenn er diese Überzeugung nicht hätte, dürfte er den hoheitlichen Akt nicht vorgenommen haben. Wie Otto Mayer richtig bemerkt, tritt jeder hoheitliche Akt mit dem Anspruch der Rechtmäßigkeit auf. Es fragt sich für die vorliegende Kontroverse über das richterliche Prüfungsrecht nur, ob tatsächlich eine Feststellung der Verfassungsmäßigkeit in der Verkündigung vorhanden ist. Dies ist aber, wie gesagt, nicht der Fall. Regelmäßig findet sich in der Publikation der Gesetze eine Formel, wie "Wir verordnen mit Zustimmung der Stände". Dies erklärt sich daraus, daß diese Worte schon in der Ausfertigung vorhanden sind und, da Publikation und Ausfertigung sich zu decken haben, so auch in der Publikation zum Vorschein kommen. Eine selbständige, neue Feststellung ist

---

202) Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seite 209
203) Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 42,43
204) in Martins Jahrbuch Band 1, Seite 320

mit diesen Worten nicht gegeben[205]. Die Zustimmung der Kammern wird durch die Verkündigung nicht erst festgestellt, sondern die Feststellung jener Zustimmung in der Ausfertigung wird durch sie manifestiert.

Danach liegt es außerhalb jeder Möglichkeit, die Publikation selbst als entscheidendes Kriterium anzusprechen. Aber selbst angenommen, die Verkündigung würde selbständig die Rechtmäßigkeit feststellen, so fehlt doch auf jeden Fall der verkündenden Persönlichkeit im Staate ohne besondere positive Bestimmung die Macht, den Richter zu binden. Die Publikation ist nicht ein Akt der übergeordneten Gesetzgebung, sondern der dem Richter gleichstehende Verwaltung[206].

---

205) So erklärt sich, daß Laband, Thoma und Lukas,die in ihrer Theorie den Ausschluß des Prüfungsrechts auf die Ausfertigung zurückführen, in Wahrheit über die Verfassungsmäßigkeit die Publikation entscheiden lassen.

206) So auch Frormann, AÖR Band 14, Seite 55. S. auch: Lukas, Die rechtliche Stellung des Parlaments, Seite 193, Anm.4 und die dort Zitierten - Marschall von Bieberstein, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, Seite 521, insbesondere Anm.2076 - Hubrich, in AnnDR 1916,Seite 703. Es würde daher nach seiner Ansicht der nur dem Gesetz unterworfene Richter der Verwaltung zu gehorchen haben. Unrichtig: Pape, Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seiten 38,39 - Reichensperger, Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seite 28- Hornbostel, Vrhdl. 4.DJT, Band 2,Seiten 42,43 - Martin (Kronoberanwalt), Der Umfang des landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den konstitutionellen deutschen Bundesstaaten, Seite 84. Diese Autoren gehen davon aus, daß dem verkündenden Staatsoberhaupt als höchste Autorität jedermann, auch der Richter gehorchen müsse. Die Gerichte sind in ihrer spezifischen Tätigkeit durchaus nicht den Anordnungen des Staatsoberhaupts unterworfen, sondern nur denen der gesetzgebenden Funktion. Diese ist die höchste Autorität auch im konstitutionellen Staate. Mit Recht äußern sich gegen die Zitierten: Planck, Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 45-47 - Gneist, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seite 232. Insbesondere beachtenswert ist Planck, in Jherings Jahrbuch,Band 9,Seiten 307,310 ff., 314,355, der aus-

Wohl zu unterscheiden von dieser These, daß die Publikation die Rechtmäßigkeit verbindlich feststelle, ist die Annahme, daß die Publikation darüber entscheide, ob das, was als Gesetz oder Verordnung publiziert ist, wirklich als Gesetz oder Verordnung anzusehen sei[207].

Die beiden Fälle sind nicht identisch. Wenn man annimmt, daß durch die Verkündigung die Rechtmäßigkeit festgestellt wird, so ist damit im Falle der Verkündigung einer Verordnung die Prüfung ausgeschlossen, ob diese Anordnung gesetzmäßig sei und ob sie nicht als Gesetz hätte ergehen müssen. Nimmt man dagegen an, daß die Publikation lediglich darüber entscheide, ob das, was als Gesetz oder Verordnung publiziert ist, wirklich ein Gesetz oder eine Verordnung sei, so wird damit im Falle der Verkündigung einer Verordnung die genannte Prüfung nicht ausgeschlossen. Wird eine Anordnung als Gesetz publiziert, so wird im Falle der Annahme der Feststellung der Rechtmäßigkeit die Prüfung ausgeschlossen, ob das Gesetz richtig zustande gekommen ist. Bei der Annahme dagegen, daß die Publikation lediglich über das Faktum des Vorliegens eines Gesetzes entscheidet, wird die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit nicht ausgeschlossen.

---

führt, daß durch Erfüllung gewisser äußerer Formalien - wie der Publikation - in denen eine Erklärung über die Rechtmäßigkeit liege, eine jedermann endgültig bindende Feststellung der Verfassungsmäßigkeit nur dort angenommen werden könne, wo sich ausdrückliche Bestimmungen darüber fänden. Auch die Ausführungen von Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Band 2, Seite 45, treffen hier zu.

207) So Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Seite 185; derselbe, Verfassung des Deutschen Reiches, 5.Auflage, Seite 144; derselbe, AÖR Band 18, Seite 182; derselbe im Recht 1904, Seite 349

Aber auch eine schwächere Kraft, wie die der Feststellung, daß eine Anordnung überhaupt ein Gesetz ist, also ob insbesondere die Zustimmung der Kammern vorliegt, kann der Publikation nicht beigemessen werden. Durch die Verkündigung erscheint zwar der Wille des Gesetzgebers oder des Verordnenden der Öffentlichkeit gegenüber als geäußert, aber sie besitzt nicht die Fähigkeit, die Rechtsverbindlichkeit der Norm zu erzeugen. Die Publikation ist nur eine Bedingung des Eintritts der Verbindlichkeit; allgemein wird ohne sie ein Gesetz nicht verbindlich; aber sie ist nicht das die Verbindlichkeit schaffende Moment. Ebensowen ig wie die Verkündigung allgemeinverbindlich feststellen kann, ob ein Gesetz oder eine Verordnung rechtmäßig ist, ebensowenig kann die Verkündigung allgemeinverbindlich feststellen, daß etwas als Gesetz zu gelten hat, was gar nicht die Zustimmung der Stände erhalten hat[208]. Der Grund ist einleuchtend: was Gesetz, also eine Anordnung der gesetzgebenden Funktion ist, kann nur diese selbst, nicht die Exekutive bestimmen. Die Exekutive würde hier in die Sphäre der gesetzgebenden Gewalt eingreifen. Dies könnte sie nur, wenn ihr diese Befugnis durch Gesetz verliehen wäre. Dies ist aber in der konstitutionellen Monarchie durchweg nicht der Fall. Die die Publikation regelnden Verfassungsbestimmungen sagen nicht, daß durch die Verkündigung die Verbindlichkeit erzeugt werde, sondern nur, daß die gehörige Publikation Vorbedingung für den Eintritt der Verbindlichkeit ist. Auch von der Erfüllung der Kontrasignatur machen die Verfassungen regelmäßig die Verbindlichkeit abhängig. Beides sind eben nur Bedingungen des Eintritts der Verbindlichkeit.

---

208) So auch zutreffend Oetker, Lebenserinnerungen, Band 3, Seiten 64,65

B. Kritik der das formelle und materielle richterliche Prüfungsrecht bejahenden Theorien

1. Die Gültigkeit des Gesetzes

Eine Anzahl von Autoren schließt aus dem Grundsatz, daß der Richter nur gültige, existente Gesetze anzuwenden habe, auf die Folge, daß er auch die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen habe.

Diese Aussage, wörtlich oder sinngemäß, bildet bei folgenden Autoren den Hauptbestandteil ihrer Begründung: Schaffrath[209], Brakenhöft[210], Mohl[211], Jaques[212], Westerkamp[213], Roenne[214], Meier[215], Kirchenheim[216], Franken[217] und Hubrich[218].

---

209) Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, § 20; derselbe, Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Seiten 1 ff., insbesondere Seite 8. Er behandelt diese Aussage ganz ausführlich. Dagegen wendet sich Beschorner, in Zivilrechtspflege und Verwaltung im Königreich Sachsen, N.F. Band 24, Seiten 193 ff., der aber nichts bringt, was nicht schon vorher von anderen eingewendet wird.

210) Erörterungen über die Materien des allgemeinen Teils von Lindes Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses, Seite 114, Anm.29

211) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Seite 1. Er berührt hier die Frage nicht expressis verbis, aber sinngemäß indem er sagt, daß verfassungswidrige Gesetze ungültig und von den Bürgern nicht zu befolgen seien; ausführlich nimmt er zu oben genannter Aussage Stellung in Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Band 1, Seiten 66 ff., insbesondere Seite 79.

212) Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 240 ff.

213) Über die Reichsverfassung, Seite 199

214) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, § 68

215) in Holtzendorffs Rechtslexikon, Band 3, Seiten 225 ff.

216) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Seiten 118 ff.

217) Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Seiten 38,39

218) in AnnDR 1916, Seiten 694 ff., insbesondere Seiten 699,704,705; derselbe, Verwaltungs Archiv, Band 13, Seite 444

Aufgabe des Richters ist es, konkrete Sachverhalte unter die passenden abstrakten Normen des Rechts zu subsumieren. Dazu hat er festzustellen, ob überhaupt eine gültige, einschlägige Norm vorhanden ist, ehe er sie anwendet.

Würde man aber unter "gültigen" Normen solche verstehen, die mit der übergeordneten Norm übereinstimmen, oder man kann auch sagen "rechtmäßig"[219] sind, dann spräche man dem Richter die Befugnis zu, auch die Verfassungsmäßigkeit dieser Normen zu überprüfen. Damit würde man durch eine Sinnverschiebung des Wortes "gültig" von der Aufgabe des Richters auf sein Prüfungsrecht schließen, und einer petitio prinzipii erliegen. Gerade in diesem Sinne verwenden die zitierten Autoren das Wort "gültig".

Hätte der Richter also tatsächlich nur rechtmäßige Normen anzuwenden, so würde sich daraus das Recht ergeben, zu prüfen, ob das Gesetz der übergeordneten Norm entspricht, rechtmäßig ist. Das aber ist ja gerade der Punkt, der in Frage steht und durch diese Argumentation der Autoren nicht bewiesen worden ist. Es handelt sich hier also in Wirklichkeit um die Beantwortung der Frage, wer festzustellen hat, ob ein Gesetz rechtmäßig ist. Es ist doch die Frage, ob der Richter diese Befugnis hat und ob er nicht von anderer Seite in dieser Beziehung gebunden ist. Es ist durchaus möglich und annehmbar, daß eine andere Instanz als der Richter im Staate endgültig entscheidet, ob das Gesetz verfassungsmäßig ist.

---

219) Über diesen Begriff vgl. Marschall von Bieberstein, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, Seite 512 ff.; er stellt fest, daß Rechtmäßigkeit und Gültigkeit keineswegs identische Begriffe sind. Versteht man unter Rechtmäßigkeit die Übereinstimmung mit den übergeordneten Normen und unter Gültigkeit die Eigenschaft eines Staatsaktes, "die Rechtsfolgen hervorzurufen, die seinem Inhalt entsprechen", so ergibt sich recht wohl die zunächst paradox erscheinende Möglichkeit, daß trotz Unrechtmäßigkeit ein Staatsakt doch ganz oder teilweise gültig sein kann.

Diese Entscheidung kann in der Zustimmung zu Gesetzen im Gesetzgebungsverfahren gesehen werden. Diese Möglichkeit wird aber von den Autoren, die die eingangs zitierte Feststellung vertreten, nicht berücksichtigt. Sie unterstellen dagegen, was erst hätte bewiesen werden müssen, daß gerade der Richter zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes berufen sei.

2. Das Verhältnis des Gesetzes zur Verfassung

Eine Anzahl von Autoren vertritt die Ansicht, daß der Richter, der ein Gesetz prüfe und es gegebenenfalls als verfassungswidrig nicht anwende, damit nur dem wahren Willen des Gesetzgebers folge: die Verfassung, das Grundgesetz gehe dem einfachen Gesetz vor. Als Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Schaffrath[220], Mohl[221], Roenne[222], Meier[223], Westerkamp[224], Dyroff[225], Oetker[226] [227].

Diese Autoren sehen die Verfassung als eine dem einfachen Gesetz übergeordnete Norm. Dies liegt immer dann vor, wenn

---

220) Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Seite 23; derselbe, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, Seite 28

221) Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Band 1, Seiten 81 ff., insbesondere Seiten 83,84

222) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, § 68. In diesem Sinne äußert er sich nur für das Reichsrecht. Für das preußische Recht ist er anderer Ansicht.

223) in Holtzendorffs Rechtslexikon, Band 3, Seite 226

224) Über die Reichsverfassung, Seiten 198,207

225) In AnnDR 1889, Seiten 924 ff.

226) Lebenserinnerungen, Band 3, Seiten 62 ff.

227) Vgl. auch Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Band 4, Seiten 182 ff., insbesondere 187 und Oberappellationsgericht Lübeck, Entscheidung vom 3.4.1875, in Seufferts Archiv Band 32, Seiten 129 ff.

eine übergeordnete Staatsgewalt die Norm setzt. Dieser Fall ist jedenfalls im Bundesstaat gegeben, wo über der Landesgesetzgebung die Bundesgesetzgebung steht. Im Einheitsstaat kann von einer der Gesetzgebung übergeordneten Staatsgewalt nur dort die Rede sein, wo eine besondere verfassungsgebende Funktion eingerichtet ist. Erläßt also dort die dieser höchsten Macht untergeordnete einfache Gesetzgebung eine dem Verfassungsgesetz widersprechende Anordnung, so ist diese nichtig; denn es sind auch hier, ebenso wie bei der Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht im Bundesstaat, die Befehle der übergeordneten Staatsgewalt maßgebend.

In ihrer Argumentation lassen die Autoren außer acht, daß hierin eine petitio principii liegt. Sie schließen von der Ungültigkeit einer Norm, über den Grundsatz, daß ein Richter nur gültige Normen anzuwenden habe, auf die Folge, daß damit dem Richter auch das Recht zur Prüfung zustehe.

Von einer besonderen verfassungsgebenden Funktion lassen das richterliche Prüfungsrecht abhängen: Meyer[228], Anschütz[229], Jellinek[230], Gierke[231], Brie[232].

---

228) in AnnDR 1878, Seite 375; derselbe in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht, Seite 633

229) Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Seite 166

230) Gesetz und Verordnung, Seite 399

231) in Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Band 7, Seite 1189; derselbe, Deutsches Privatrecht, Band 1, Seiten 135 ff., mit Anm.38

232) Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, AÖR Band 4, Seiten 52,53. Vgl. auch: Kahn, AnnDR 1907, Seiten 605 f. - Bischof, Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, im Archiv für das

Diese Autoren erkennen zwar richtig, daß in den Staaten, in denen die eben geschilderte Einrichtung nicht besteht, die einfache Gesetzgebung die höchste Funktion, die höchste Macht im Staate ist. Sie hat es hier in der Hand, selbst die Verfassung in rechtmäßiger Weise nach ihrem Belieben zu gestalten, sofern sie nur die für die Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Formen beobachtet[233]. Die Verfasser ziehen aber daraus für das richterliche Prüfungsrecht den falschen Schluß.

3. Der richterliche Verfassungseid

Die ferner geäußerte Ansicht, der Richter sei auf die Verfassung beeidigt und er habe daher Gesetze, die verfassungswidrig seien, nicht anzuwenden[234], kann als Begründung nicht gelten.

öffentliche Recht des Deutschen Bundes, Band 3, Heft 3, Seiten 36 ff.

233) Von Anhalt und Sachsen-Altenburg abgesehen, sind keine Staaten bekannt, in denen nicht einmal für Verfassungsänderungen bestimmte Wege vorgeschrieben sind.

234) So auch die Juristenfakultät Heidelberg in ihrer reformatorischen Erkenntnis betreffend den Streit über die Verordnung des Großherzogtums Sachsen-Weimar vom 21.3.1826, mitgeteilt von Schweitzer in Martins Jahrbuch, Band 1, Seiten 297 ff. Sie erklärt diese Verordnung für verfassungswidrig und sagt: "Werden nun die Weimarischen Staatsdiener nach § 124 des Grundgesetzes besonders auf Festhaltung der letzteren verpflichtet, so ist in der Tat auch nicht entfernt einzusehen, wie die Gerichte es über sich vermögen können, eine einseitige landesherrliche Verordnung in Anwendung zu bringen, welche, wie oben gezeigt worden, mit der Landeskonstitution nicht vereinbar ist". Hiergegen äußern sich: Weber in Beiträge zum konstitutionellen Staatsrecht, 1833, Seiten 44 ff. - Linde, AcP Band 16, Seite 347 - Vollert, ZStaatsw., Band 10, Seiten 625 ff. - Ullmann, ZStaatsw., Band 24, Seiten 386 ff.; ausführlich Bischof, GießnZ Band 18, Seiten 393-420. Zu beachten auch die treffende Bemerkung von Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915, Seite 61

Der Richter hat selbstverständlich der Verfassung zu gehorchen. Zu diesem Zweck wird er auch auf sie vereidigt. Eine besondere Pflicht aber, insbesondere eine Ungehorsamspflicht gegenüber verfassungswidrigen Befehlen des Gesetzgebers wird dadurch nicht begründet. Anschütz[235] stellt zutreffend fest, daß der Eid des Beamten hinsichtlich seiner Pflichten assertorisch ist. Gleichfalls sagt Laband[236], daß wenn ein Beamter vor seiner Beeidigung ein Amt verwalte, seine Verantwortlichkeit ganz dieselbe sei, als wenn er den Diensteid abgeleistet hätte[237].

Auch der Eid auf die Verfassung nimmt in den Staaten, in denen keine besondere verfassungsgebende Funktion besteht, von dem Gehorsam gegenüber der höchsten Autorität, dem einfachen Gesetzgeber, nicht aus. Aus dem vorgetragenen Einwand können aber, wie gesagt, keine Schlüsse auf die Kontroverse über das richterliche Prüfungsrecht gezogen werden[238].

4. Das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahende, sich aber nicht ausdrücklich, jedoch im Sinnzusammenhang gesehen für das materielle richterliche Prüfungsrecht aussprechende Autoren

Abgesehen von den bisher genannten spricht sich noch eine Anzahl von Autoren für das formelle Prüfungsrecht aus,

---

235) in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Seite 511

236) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 1, Seite 453

237) Für das ältere preußische Recht vgl. dazu Simon, Heinrich-August, Das preußische Staatsrecht, Breslau 1844, Band 1, Seite 300

238) Auch hinsichtlich des nichtrichterlichen Beamten ist die Beeidigung auf die Verfassung vielfach dazu benutzt worden, um eine Prüfung des Gesetzes zu rechtfertigen. Aber auch hier gilt das im Text Gesagte, daß eine besondere Pflicht, insbesondere eine Ungehorsamspflicht gegenüber den Befehlen der oberen Behörden dadurch nicht begründet wird.

ohne sich aber ausdrücklich für das materielle Prüfungsrecht zu entscheiden. Es läßt sich jedoch nach der Art der Begründung und nach Sinn und Inhalt ihrer Erörterungen auch auf die Stellungnahme zum materiellen Prüfungsrecht schließen.

Demnach sind zu den Befürwortern des materiellen richterlichen Prüfungsrechts zu rechnen[239]: Jordan[240], Brinkmann[241], Minnigerode[242], Christof Martin[243], Wächter[244], Vangerow[245], Puchta[246], Seuffert[247], Keller[248], Foerster[249],

---

239) Die Zuordnung dieser Autoren ist eine Frage der Auslegung. Daraus erklärt sich auch, daß sie so oft in ganz verschiedenem Sinne zitiert werden.

240) Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, AcP Band 8, Seiten 210 ff., , insbesondere Seiten 213-215. Er ist mißverstanden worden von Linde, AcP Band 16, Seite 338, und Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Band 2, Seite 631, Anm.7. Hingegen wird er bestätigt durch: Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Band 2, Seite 28 - H.A.Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Seite 242 - Bischof, GießnZ, Band 16, Seite 284

241) Wissenschaftlich praktische Rechtskunde, Seiten 1 u. 4

242) Was ist Justiz und was ist Administrativsache?, Seiten 85 ff. Er erwähnt zwar ein materielles Prüfungsrecht, doch ist dieses in einem eigentümlichen Sinne gebraucht, welcher mit dem hier gemeinten nicht identisch ist.

243) In Martins Jahrbuch, Band 3, Seiten 268 ff.

244) AcP Band 24, Seite 238, Anm.12; derselbe, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Band 2, § 7

245) Leitfaden für Pandektenvorlesungen, Band 1, Seite 26; derselbe, Lehrbuch der Pandekten, § 12

246) Pandekten, § 15; derselbe, Vorlesungen über das heutige römische Recht, § 15

247) Praktisches Pandektenrecht, Seite 4

248) Pandekten, Seite 6

249) Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Seiten 33,34; derselbe, in Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Seiten 37, 38

Windscheid[250], Gerber[251], Roth[252], Schulze[253], Stobbe,[254] Beseler[255], Regelsberger[256], Dernburg[257].

C. Kritik der das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahenden und das materielle verneinenden Theorien

Zwischen den beiden extremen Ansichten, der weitgehenden Ablehnung und grundsätzlichen Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen, steht die Ansicht derjenigen Autoren, die das formelle Prüfungsrecht bejahen, das materielle aber verneinen. Ihr ist im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung zuzustimmen.

1. Das Gesetz als Souveränitätsakt

Die erste Gruppe der Autoren rechtfertigt ihre Ansicht zusammengefaßt im wesentlichen mit den Argumenten: Der Richter sei nur dem Gesetz unterworfen. Er müsse daher prüfen, ob ein formell gültiges Gesetz überhaupt vorliege; eine materielle Prüfung verbiete sich deshalb, weil das Gesetz Souveränitätsakt sei. Zu diesen Autoren sind zu rechnen: Heffter[258], Bluntschli[259], Gneist[260],

---

250) Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, Seite 39. Zwar unklar, aber sich wohl Windscheid anschließend: Dreyer, Das Deutsche Reichszivilrecht, Seiten 9 und 10

251) Grundzüge des deutschen Staatsrechts, § 49

252) System des deutschen Privatrechts, Band 1, § 48; derselbe, Bayerisches Zivilrecht, § 14

253) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, § 200; derselbe, Das Preußische Staatsrecht, Band 2, § 175, vgl. auch § 22 Anm.22

254) Handbuch des deutschen Privatrechts, Band 1, Seite 197

255) System des gemeinen deutschen Privatrechts, Band 1, Seite 56

256) Pandekten, Abteilung 1, Teil 7, Band 1 von Bindings Handbuch, § 34

257) Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Band 1, § 49

258)

4. Deutscher Juristentag[261], Hiersemenzel[262], Gierke,[263] Georg Meyer[264], Sarwey[265], Brie[266], Wielandt[267], Göz[268] und Kahn[269].

---

258) System des römischen und deutschen Zivilprozeßrechts, Seiten 7 und 8

259) Allgemeines Staatsrecht, Seiten 399, 488 ff. Er hebt besonders deutlich die höchste Macht des Gesetzes hervor.

260) Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 212 ff.

261) Erster Beschluß: "Der Richter hat im gegebenen Falle über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze und Verordnungen zu befinden". Dieser Beschluß wird mit nur unbedeutender Majorität angenommen (Vrhdl. 4.DJT Band 2, Seiten 64-66). Die Verneinung des materiellen Prüfungsrechts ergibt sich aus der Verhandlung.

262) Die Verfassung des norddeutschen Bundes, Seite 8, Ziffer 3. Für die Bejahung des formellen Prüfungsrechts spricht er sich auf Seite 10, c und d, aus, für die Verneinung des materiellen auf Seite 8, a.

263) Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Band 7, Seiten 1186 ff.; derselbe, Deutsches Privatrecht, Band 1, Seiten 135 ff.

264) In AnnDR 1878, Seite 375; derselbe, in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 173

265) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Seiten 99-101

266) Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, AÖR Band 4, Seiten 51 ff. Er wird von Kahn, AnnDR 1907, Seite 488, zu den Anhängern des materiellen richterlichen Prüfungsrechts gerechnet. Dies trifft aber nicht zu. Deutlich sagt er auf den Seiten 52 und 53, daß ein materielles Prüfungsrecht nur dort zuzulassen sei, wo eine besondere verfassungsändernde Funktion oder eine übergeordnete Staatsgewalt besteht. Letzteres bedeutet die Prüfung der Kollision von Reichs- und Landesgesetz, ersteres die Prüfung, wie sie sich in dieser Zeit beispielsweise in den Vereinigten Staaten von Amerika ergibt, nicht aber in den deutschen Ländern. Dementsprechend ist seine Auffassung.

267) Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, Band 3, Halbband 1, Abteilung 3 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seiten 170 und 171. Der Aus-

Von Kahn stammt der reichhaltigste Beitrag zu dieser Frage. Er bedarf jedoch der Kritik: Der § 1 Gerichtsverfassungsgesetz bringt das Prinzip der Gleichstellung der Justiz mit der Verwaltung und die Unterwerfung jener unter die Gesetzgebung zum Ausdruck. Die Ansicht Kahns, daß mit ihm lediglich der Ausschluß der Kabinettsjustiz in der Weise bezweckt sei, daß nur Einzelbefehle der Verwaltung damit ausgeschlossen sein sollen, braucht nicht widerlegt zu werden. Selbstverständlich weist § 1 Gerichtsverfassungsgesetz auch auf den Ausschluß allgemeiner Anordnungen der Verwaltung an die Justiz hin. Kahn erkennt übrigens selbst[270], daß durch § 1 Gerichtsverfassungsgesetz die staatsrechtliche Stellung des Richters festgelegt wird. Es bedarf weiter keiner Widerlegung, daß der Richter nicht den Trägern der Gesetzgebung unterworfen ist[271], sondern ihren Akten[272] [273].

---

schluß des materiellen Prüfungsrechts ist bei ihm daraus zu entnehmen, daß er sagt: "Alles, was eine Verschiedenheit der Auffassung zuläßt und worüber das höchste (gesetzgebende) Organ entschieden hat, ist von der Prüfung ausgeschlossen".

268) Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Band 3, Halbband 1, Abteilung 2 des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 180

269) In AnnDR 1907, Seiten 481 ff., 597 ff.

270) a.a.O., Seite 617

271) a.a.O., Seite 602

272) Dies sprechen auch Rehm, Allgemeine Staatslehre, Seite 286, und Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Band 2, Seite 43, aus.

273) Die Ausnahmen, die Kahn, in AnnDR 1907, Seite 606 ff., von der Verneinung des materiellen Prüfungsrechts macht, bringen seine folgerichtigen Ausführungen wieder zu Fall. Die Ausnahme 1 ist überhaupt keine Ausnahme, sondern ein ganz anderer Fall, denn bei Diskrepanz zwischen Reichs- und Landesgesetz liegt eine Diskrepanz zwischen einer höheren und einer niederen Gesetzgebungsgewalt vor, was bei dem gewöhnlichen materiellen Prüfungsrecht in den deutschen Staaten nicht der Fall ist. Die Ausnahmen 2 und 3 sind will-

Die genannten Autoren kommen zwar in der Frage des richterlichen Prüfungsrechts zum richtigen Ergebnis, ihre Begründung, aus der Souveränität des Gesetzes hergeleitet, geht aber fehl, da sie nur auf dem Verhältnis des Richters zur Gesetzgebung und zur Verwaltung basiert. Diese Autoren schließen daraus, daß dem Richter das Recht zustehe, zu prüfen, ob die fragliche staatliche Anordnung auch wirklich ein Gesetz, d.h. ein Akt der gesetzgebenden Funktion sei. Liegt ein solcher Akt vor - folgern sie weiter, ohne die logische Folgerichtigkeit erkennen zu lassen - so könne der Richter nicht weiter fragen, ob dieser inhaltlich richtig, also verfassungsmäßig sei. Die Begründung dieser Beweisführung hat im Grunde genommen ihre Wurzel in der Feststellung, daß die Gesetzgebung die höchste Macht im Staate sei, der auch der Richter unbedingt zu folgen habe, ohne daß zwischen den Gesetzgebungsorganen, dem Monarchen und den Kammern, und deren Funktionen unterschieden wird.

2. Die Trennung von Staat und Gesellschaft

In der Trennung von Staat und Gesellschaft liegt das Verständnis, daß in der konstitutionellen Monarchie nach überwiegender Auffassung allein das materielle richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen verneint wird. Im Gesetzgebungsverfahren ist die Funktion des Monarchen, des Souveräns, insbesondere in der Gesetzessanktion zu sehen, die der Kammern, als Vertretung der Gesellschaft, dagegen in der davorliegenden Kontrolle, die Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung und besonders auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum zu überprüfen.

---

kürlich. Sie enthalten nichts anderes, als die bereits gerügte Argumentation, daß der Richter, der materiell prüfe, den wahren Willen des Gesetzgebers erfülle. Kahns Ausführungen über das materielle Prüfungsrecht (a.a.O., Seite 605) laufen aber gerade auf die Verneinung dieses Satzes hinaus. Dieser Gedanke kann daher nicht wieder für das materielle Prüfungsrecht verwendet werden.

Nach dem monarchischen Prinzip ist "das Gesetz als perfekter Staatswille nur Wille des Souveräns" und den Kammern steht "kein Anteil an der Substanz des Staatswillens" zu, da die Staatsgewalt eine "unteilbare und einheitliche"[274] ist. Den Kammern ist es also verwehrt, ihren Willen in den Gesetzgebungsakt einfließen zu lassen. Die Funktion der Kammern im Gesetzgebungsverfahren besteht also in der Einschränkung des Willens des Souveräns insofern, als die Gesetzesvorlage verbindlich auf die verfassungsmäßige Übereinstimmung überprüft wird. Da Gesetze, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen, nach der Verfassung der Zustimmung der Kammern bedürfen, sind diese insoweit Hüter der Verfassung. Eine richterliche Überprüfung der Gesetze zum Schutze der Bürger vor verfassungswidrigen Eingriffen wird somit durch die verbindliche Entscheidung der Kammern entbehrlich.

Der Entscheidung der Kammern, das Gesetz dem Inhaber der Staatsgewalt zur Erteilung des Gesetzesbefehls weiterzuleiten, haftet nach dem Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung einer Rechtsentscheidung eines Verfassungsorgans die Vermutung der Übereinstimmung mit der Verfassung an.

Diese Vermutung der Verfassungsmäßigkeit ist unter den gegebenen Umständen eine unwiderlegliche. Diese These basiert auf der Erkenntnis, daß es rechtstheoretisch am sinnvollsten ist, in einem Staatssystem, in dem der Staat - repräsentiert durch den Souverän - und die Gesellschaft nicht identisch sind, daß die Kammern als Repräsentanten der Gesellschaft in jedermann verbindlicher

---

274) Jellinek Georg, Gesetz und Verordnung, Seiten 314, 482; Anschütz, Deutsches Staatsrecht, Seite 466; vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Seiten 14,402

und unanfechtbarer Weise die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes konstatieren. Mangels einer positiven Entscheidung der Frage der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, erscheint die Verwirklichung der Verfassung am ehesten gewährleistet und ein Maximum an Normativität und ein Optimum an Kontrolle erreicht, wenn den Kammern diese Aufgabe zufällt. Das hat zur Folge, daß die einmal durch die Kammern "getroffene Rechtsentscheidung" im Interesse notwendiger Formgebung und geistiger Kontinuität eine praesumtio juris et de jure besitzt. Das wiederum bedeutet, daß die Rechtmäßigkeitsvermutung zu einem inhaltsbestimmenden Faktor des materiellen Rechts aufsteigt, dessen Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Eine weitere Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist also unerheblich und nicht erforderlich, wenn hierzu die Zustimmung der Kammern vorliegt. Aufgabe des Richters kann nur noch sein, im Rahmen seines formellen Prüfungsrechts das Vorliegen dieser Zustimmung festzustellen[275].

Auf die Verwendung von Vermutungen ist sowohl das tägliche Leben wie auch die Rechtsordnung angewiesen, da nicht alles nachprüfbar ist. Es muß also in bestimmten Fällen aus dem Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes auf das Vorliegen eines weiteren Tatbestandes oder einer Rechtsfolge geschlossen werden[276].

Die von der Mehrzahl der Autoren vertretene Ansicht, daß

---

275) Die Zustimmung der Kammern kann nur als unwiderlegliche Vermutung und nicht als Fiktion gewertet werden. "Die Fiktion ordnet eine Sachlage, in der die fingierte Tatsache sicher nicht vorliegt. Die unwiderlegliche Vermutung dagegen soll sowohl die Fälle des Vorliegens wie des Nichtvorliegens der vermuteten Tatsache erfassen; ja sie kann darauf zurückgehen, daß die vermutete Tatsache in der Regel vorliegt" (Dieter Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966, Seite 103)

276) Zum Beispiel § 292 Zivilprozeßordnung und § 891 Bürgerliches Gesetzbuch

dem Richter gegenüber Gesetzen nur ein formelles, gegenüber Verordnungen aber ein umfassendes richterliches Prüfungsrecht zusteht, fügt sich mit dem Dargelegten logisch in das konstitutionelle Staatssystem. Das richterliche Prüfungsrecht ist überflüssig, soweit die Kammern die inhaltlich verfassungsrechtliche Übereinstimmung von Gesetzen durch ihre Zustimmung zu diesen unwiderlegbar festgestellt haben. Die Kammern sind aber nicht in der Lage, den nachfolgenden formellen Gesetzgebungsweg zu kontrollieren, und sie sind am Verordnungsverfahren überhaupt nicht beteiligt. Insoweit ist das richterliche Prüfungsrecht zur Kontrolle der formellen Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes und zur Gesetzmäßigkeit einer Verordnung erforderlich und wird auch allgemein anerkannt.

3. Das formelle richterliche Prüfungsrecht bejahende, sich aber nicht ausdrücklich, jedoch im Sinnzusammenhang gesehen gegen das materielle richterliche Prüfungsrecht aussprechende Autoren.

Neben den sich klar für das formelle und gegen das materielle richterliche Prüfungsrecht aussprechenden Autoren steht eine Gruppe, die sich zwar für das formelle, nicht aber ausdrücklich gegen das materielle Prüfungsrecht ausspricht. Aus Sinn und Inhalt ihrer Erörterungen und aus der Art ihrer Begründung läßt sich jedoch auf die Ablehnung des materiellen Prüfungsrechts schließen.

Zu diesen Autoren sind zu rechnen: Pfizer[277], Pfeiffer[278],

---

277) Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz, Seiten 111 ff.

278) Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Band 2, Seiten 385 ff., Band 3, Seiten 279 ff., 469 ff., Band 5, Seiten 543-556; der Ausgangspunkt seiner Erörterungen, daß nur Gesetze Quelle aller richterlichen Erkenntnis seien, ist angegriffen worden von Bischof, GießnZ Band 18, Seite 305, insbesondere 312 -

Feuerbach[279], Weishaar[280], Klüber[281], Juristenfakultät Tübingen[282], Bierer[283], Stein[284], Rönne[285],

---

Linde, AcP Band 16, Seiten 340 ff., insbesondere Seite 344 - Vollert, ZStaatsw. Band 10, S. 622,623 - Stockmar, GießnZ Band 10,N.F., S.21 ff. Es liegt wohl nur eine fehlerhafte Fassung vor, da Pfeiffer offenbar mit Gesetz jeden Akt der Gesetzgebung meint, mit Verordnung jeden Akt der Verwaltung. Dann sind seine Ausführungen durchaus richtig. An keiner Stelle wird gesagt, daß der Richter nicht Gewohnheitsrecht oder Statuten anwenden müsse. Die "Verordnung" ist von ihm als Akt der Verwaltung im Gegensatz zum "Gesetz" als Akt der Gesetzgebung aufgefaßt; der Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung wird von ihm nicht gezogen.

279) Die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staats, kann sie durch bloße Verordnung rechtsgültig geändert werden?, Seiten 1 ff., insbesondere Seite 37

280) Handbuch des Württembergischen Privatrechts, Seiten 4,5

281) Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urteils im Rechtsprechen, Seiten 1 ff., insbesondere Seiten 22 ff.

282) Bei Dahlmann, Gutachten der Juristenfakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen die hannoversche Verfassungsfrage betreffend, Seiten 288-290 und 344 ff. Des historischen Interesses wegen sei erwähnt, daß durch Bundesbeschluß vom 30.9.1839 die Beschlagnahme des Tübinger Gutachtens wegen Staatsgefährlichkeit verfügt und die württembergische Regierung ersucht wird, gegen die betreffenden Professoren einzuschreiten. Die beiden anderen, ebenfalls den hannoverschen Verfassungsstreit betreffenden Gutachten der Fakultät Heidelberg und Jena berühren die Frage des richterlichen Prüfungsrechts nicht. Dagegen wird die Frage der Prüfung schon kurz von der Juristenfakultät Heidelberg in ihrer reformatorischen Erkenntnis betreffend die Verordnung des Großherzogtums Sachsen-Weimar vom 21.3.1826, mitgeteilt von Schweitzer, in Martins Jahrbuch Band 1, Seiten 297 ff., berührt. Sie erklärt diese Verordnung für verfassungswidrig und sagt weiter: "Werden nur die Staatsdiener Weimars nach § 124 des Grundgesetzes besonders auf Festhaltung der letzteren verpflichtet, so ist in der Tat auch nicht entfernt einzusehen, wie die Gerichte es über sich vermögen können, eine einseitige landesherrliche Verordnung in Anwendung zu bringen, welche wie oben gezeigt, mit der Landeskonstitution nicht vereinbar ist". Die eidliche Verpflichtung auf die Verfassung ist freilich nur rechtsbestärkend aufzufassen, aber das ändert an der Sache im Prinzip nichts.

283) Handbuch des gesamten in Württemberg geltenden Privatrechts, § 9 Anm.6

284) Die Verwaltungslehre, Teil 1, Seiten 188,191

Enneccerus[286], Hellwig[287].

Es gibt ferner einige wenige Autoren, welche insofern dieser Gruppe zuzurechnen sind, als sie die materielle Prüfung nicht näher berühren, ihren sonstigen Ausführungen gemäß sie aber wohl verneinen und von derselben Art der Begründung, der Stellung des Richters zur Verwaltung und zum Gesetz ausgehen, sich aber dann darin von ihnen unterscheiden, als sie sich nicht schlechthin für die Prüfung der formellen Erfordernisse aussprechen, sondern nur für die Prüfung, ob die Zustimmung der Kammern vorhanden sei, da andernfalls kein Gesetz vorliege.

Es gehören hierher: Friedrich Pfeiffer[288], Vollert[289],

---

285) Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Seiten 407, 408. Nur an dieser Stelle spricht Rönne seine Ansicht vom allgemeinen Standpunkt aus, während er an den anderen Stellen ausführlich das positive Recht Preußens und des deutschen Reichs entwickelt. Nach allgemeinen Grundsätzen bejaht er die Prüfung dahin, daß zu untersuchen sei, ob ein Gesetz verfassungsmäßig entstanden (formelle Prüfung) und ob eine Verordnung gesetzmäßig sei (formelle und materielle Prüfung). Die materielle Prüfung beim Gesetz schließt er danach aus, was sich auch schon daraus ergibt, daß er im preußischen Recht die Prüfung ausschließt, weil das Gesetz Souveränitätsakt sei und weil er im Reichsrecht die materielle Prüfung aus dem besonderen - allerdings unzutreffenden - Grunde bejaht, daß Art.2 RV bestimme, daß "das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts der Reichsverfassung ausübt".

286) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Seite 77

287) System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 1, Seiten 78,79. Für das Reich verneint er jede Prüfung auf Grund der Ausfertigung.

288) In Zachariae-Pfeiffer, Rechtliche Beleuchtung der kurhessischen Septemberverordnungen, Seiten 5 ff.,96 ff. Eine Kritik zu Martin, Die kurhessischen Verordnungen vom 4.7. und 28.9.1850, zugleich auch ein inhaltsreicher Beitrag zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts.

289) In ZStaatsw. Band 10, Seiten 338,339,586 ff.,insbesondere Seiten 604,634 ff. (einer der inhaltsreichsten Aufsätze über das Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz)

Brütt[290] und Bierling[291].

Die Begründung dieser wenigen Autoren stimmen mehr oder weniger vollständig mit denen der oben genannten Gruppe überein. Es ist daher davon auszugehen, daß sie ein Gesetz, das ohne Zustimmung der Kammern ergangen ist, als ungültig bezeichnen, indem sie aus der Zahl der zu einem gültigen Gesetz notwendigen Erfordernisse das prägnanteste und wichtigste, die Zustimmung der Kammern hervorheben oder überhaupt allein nennen.

Dieser Ansicht nähert sich diejenige Plancks[292], der jedoch eine Sonderstellung einnimmt. Planck sucht zunächst den Nachweis der Zulässigkeit der formellen Prüfung zu führen und begründet ausführlich, daß die Zustimmung der Kammern wesentlich sei. Seine Ausführungen enthalten aber eine Lücke, da er nichts darüber verlauten läßt, wie es sich mit den anderen Formalien verhält, ob deren Fehlen ebenfalls Ungültigkeit erzeugt. Auf das materielle Prüfungsrecht kommt er nur kurz zu sprechen[293]. Seine Ausführungen hierüber sind sehr knapp und wenig deutlich. Er scheint es grundsätzlich abzulehnen, bringt es dann aber mit dem formellen Prüfungsrecht in Zusammenhang, ob es im gegebenen Fall eines verfassungsändernden Gesetzes bedurft hätte. Sobald der Weg der Verfassungsänderung nicht eingehalten ist, will er einem mit der Verfassung in Widerspruch stehenden Gesetz die Anwendung versagen. Damit bejaht er aber in Wirklichkeit die materielle Prüfung; denn wenn man fragt, ob ein verfassungsänderndes

---

290) Die Kunst der Rechtsanwendung, Seiten 44-46

291) Juristische Prinzipienlehre, Band 2, Seiten 280 ff., Band 4, Seiten 182 ff., insbesondere Seite 187

292) Er gibt hierüber eine ausführliche Erörterung in Jherings Jahrbuch, Band 9, Seiten 288 ff.

293) a.a.O., Seiten 359 f.

Gesetz nötig war, so fragt man zwangsläufig erst, ob das Gesetz inhaltlich der Verfassung widerspricht. Es ist demnach unrichtig und verwirrend, die Fragestellung nur auf die Frage nach dem Vorliegen des verfassungsändernden Wegs abzustellen.

Anders als im Vorstehenden hat sich Planck auf dem 3.Deutschen Juristentag[294] ausgesprochen, ähnlich wiederum auf dem 4.Deutschen Juristentag[295].

D. Ergebnis des 4.Deutschen Juristentages zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen.

Zu den hier erörterten Ansichten gehört schließlich der zweite Beschluß des 4.Deutschen Juristentags: "Der Richter hat ein Gesetz nur insoweit zur Anwendung zu bringen, als sein Inhalt die Zustimmung der verfassungsmäßigen Stände erlangt hat". Dieser zweite Beschluß hat eine große Mehrheit gefunden, die der erste weitergehende: "Der Richter hat über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze und Verordnungen zu befinden"[296] nicht hatte. Eine juristische Begründung für die Einschränkung dieses Beschlusses liegt nicht vor.

Soviel man aus den Verhandlungen herauslesen kann, ist die Majorität deshalb für die Einschränkung, weil ihr die Konsequenzen des Inhalts des ersten Beschlusses zu weitgehend erscheinen. Mit Zweckmäßigkeitsgründen allein ist aber eine Frage juristisch nicht zu lösen[297].

---

294) Vrhdl. 3.DJT, Band 2, Seiten 36 ff.
295) Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 44 ff.
296) Vrhdl. 4.DJT, Band 2, Seiten 67,68

297) Für diejenigen, die für den ersten Beschluß gestimmt haben, enthält der zweite Beschluß nur eine Anwendung des in der ersten Resolution ausgesprochenen Grundsatzes in einer bestimmten Richtung, wie es auch Planck, in Jherings Jahrbuch,Band 9,Seiten 291 f. auffaßt.

II. Nach der Landesverfassung Preußens von 1850 und der Reichsverfassung von 1871

1. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen nach der Landesverfassung Preußens von 1850

Art.106 Abs.1 und 2 der preußischen Verfassung lautet: Abs.1 "Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind". Abs.2 "Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu"[298].

Über die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze ist wörtlich genommen nichts in Art.106 PrV enthalten. Es wird jedoch von zahlreichen Autoren versucht, die Unzulässigkeit ihrer Prüfung aus ihm zu begründen, und zwar sowohl aus Abs.1 als auch aus Abs.2.

Rönne[299], der die Frage des Prüfungsrechts nach der Landesverfassung Preußens sehr ausführlich erörtert, folgert den Ausschluß des Prüfungsrechts aus Art.106 PrV, hält aber in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung die Gerichte für berechtigt und verpflichtet, zu prüfen, ob das Gesetz oder die Verordnung gesetzmäßig verkündet sei. Er meint dann weiter, die gesetzmäßige Verkündigung erfordere nicht bloß, daß der Abdruck in der Gesetzessammlung erfolgt sei, sondern es kämendabei noch die Punkte in Betracht, ob die Vorschriften über die Gegenzeichnung beobachtet seien, und ob bei den Gesetzen die notwendige Zustimmung der Kammern erwähnt und ob diese erteilt worden sei. Denn ein Gesetz oder eine Verordnung ohne Gegenzeich-

---

298) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Seite 87

299) In AegidisZ Band 1, Seiten 385 ff.; derselbe, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 1, § 95

nung sei keine der rechtlichen Anwendung fähige Rechtsnorm, und ein Gesetz, das der Zustimmung der Kammern entbehre, sei kein Gesetz. In diesen beiden Punkten seien Gesetze vor der Anwendung durch den Richter einer Prüfung zu unterziehen. Dagegen sei er nicht berechtigt,die sonstige Rechtsgültigkeit zu untersuchen. Rönne sagt sodann richtig, daß ein solches materielles Prüfungsrecht vielmehr den Kammern zusteht.

Rönne scheint darüber hinaus alles zum materiellen Prüfungsrecht zu rechnen. In dem Sinne, wie von den übrigen Autoren allgemein die "materielle Prüfung" aufgefaßt wird, ist dies nicht richtig. Andererseits deckt sich seine Ansicht auch nicht mit der früher mehrfach vertretenen Bezeichnungsweise, wonach die Prüfung alles dessen, was nicht zu den äußeren Formalien gehört, "materielle Prüfung" genannt wird. Denn nach dieser ist die Frage nach dem Vorliegen der Zustimmung der Stände eine materielle Prüfung, während Rönne sie unter die formellen Erfordernisse aufnimmt. Diese Besonderheit wird aber in keiner Weise von ihm begründet. Es ist wohl zu unterscheiden die Prüfung, ob die Zustimmung der Kammern in der Eingangsformel erwähnt wird oder ob sie tatsächlich erfolgt ist. Die Sache wird nicht klarer, daß Rönne neben der Prüfung der Publikation die Prüfung der Promulgation für zulässig erklärt[300]. Unter letzterer versteht er das verfassungsmäßige Zustandekommen; es kann sich dabei aber nach seinen ganzen Ausführungen nur um die äußere Erscheinung des verfassungsmäßigen Zustandekommens handeln, also Kontrasignatur, Erwähnung der Zustimmung der Kammern usw., nicht aber um den inneren Vorgang, das tatsächliche Vorliegen der Zustimmung der Kammern.

---

300) Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 1, Seite 405, Anm.3

Rönne stellt die Behauptung auf, Gesetze seien inhaltlich nicht überprüfbar. Er begründet dies unzutreffend einerseits damit, daß das Gesetz ein Akt der höchsten Gewalt sei und daß andererseits Art.106 Abs.2 PrV die Ausschließung des Prüfungsrechts enthalte. Zur Stützung seiner Ansicht gibt er daneben der Publikation entscheidendes Gewicht[301].

Wieweit diese Autoren Recht oder vielmehr Unrecht haben, läßt sich schon auf Grund der Entstehungsgeschichte des Art.106 PrV mit genügender Sicherheit feststellen[302].

Unter Zugrundelegung der Entstehungsgeschichte des Art. 106 PrV und der daraus gezogenen Schlüsse läßt sich für das Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen noch anfügen: Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen hat in der Preußischen Verfassung keine Regelung gefunden. Die Entscheidung, ob der König zum Erlaß eines Gesetzes allein kompetent sei oder nur unter Zuziehung der Kammern, sieht man als so schwierig, daß man es unerträglich fände, daß der Richter die Zustimmung der Kammern für nötig erklärte, während diese selbst die entgegengesetzte Ansicht hätten. Art.106 Abs.2 PrV ist das Ergebnis dieser Ansicht. Er bestimmt daher folgerichtig, daß nur das Prüfungsrecht gegenüber königlichen Verordnungen, nicht aber gegenüber sonstigen Verordnungen ausgeschlossen ist. Eine Prüfung der Gesetze kann sich in den beiden Richtungen bewegen: ob es verfassungswidrig zustande gekommen ist und ob es inhaltlich der Verfassung entspricht. Die verschiedenen Äußerungen des Abgeordneten Broicher[303] lassen erkennen, daß ein richterliches Prüfungsrecht den Gesetzen gegenüber deshalb für unzulässig gehalten wird, weil die Gesetzge-

---

301) in Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 3, Seite 54 ff.

302) Oben § 2 II 1

303) Vrhdl. der 2.Kammer 1849, Seiten 561 ff.

bung die höchste Gewalt im Staate, das Gesetz demgemäß Souveränitätsakt sei. Es wird in den Beratungen nicht widersprochen und es ist wahrscheinlich, daß deshalb eine besondere Ausschließung der Prüfung der Gesetze für überflüssig erachtet wird; jedenfalls hat sie nirgends in der Verfassung eine Regelung erfahren. Die Ausschließung der Prüfung der Verordnung ist ausdrücklich allein normiert ; der hiermit verfolgte besondere Zweck verbietet es, auch die Gesetze, die davon nicht berührt werden, unter diese Bestimmung mit einzubeziehen.

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen in Preußen bestimmt sich somit nach allgemeinen Grundsätzen. Danach hat der Richter zu überprüfen, ob das Gesetz formell gültig ist, ob also ein Akt der Gesetzgebung vorhanden ist; hierzu zählt beispielsweise auch die Zustimmung der Kammern. Die weitere Überprüfung, ob das Gesetz auch inhaltlich mit der Verfassung übereinstimmt, steht dem Richter jedoch nicht zu, da die Kammern diese Prüfung bereits bei jedem Gesetz[304] vorgenommen haben[305].

2. Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen nach der Reichsverfassung von 1871

a) Artikel 2 Satz 2 RV

Aus dem Wortlaut des Art.2 Satz 2 RV: "Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung

---

304) Die PrV kennt keine Gesetze ohne Zustimmung der Kammern; vgl. Vrhdl. der 2.Kammer 1849, Seiten 1699, 1714 ff.

305) Hubrich hat, in AnnDR 1916, Seiten 696 ff., gegen Sieburg im Preußischen Verwaltungsblatt Band 32, Seiten 309 ff.,richtig erkannt, daß Art.106 Abs.2 PrV nicht einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt. Dies kommt aber nicht,wie Hubrich meint daher,daß allgemein eine Prüfung der Gesetze zulässig sei, von deren Prüfung Art.106 PrV nichts enthält, sondern daher,daß Verordnungen auf jeden Fall, auch wenn sie von der Spitze der Verwaltung herrühren, zu prüfen sind.

von Reichs wegen, welche vermittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht"[306] [307], folgern Dambitsch[308] und Arndt[309] die Nichtüberprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze seitens der Gerichte. Sie schließen aus dem Wortlaut, daß die Gesetze nach ihrer Verkündigung von keiner Seite mehr überprüfbar seien.

Besonders Dambitsch spricht sich sowohl gegen die Prüfung in formeller als auch in materieller Hinsicht aus. Er begründet dies folgendermaßen: im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens fänden verschiedene Feststellungen der Rechtmäßigkeit statt, nämlich durch den Reichstag, Bundesrat, Reichskanzler und schließlich durch den Kaiser gemäß Art.2 und 17 RV. Fällt nun die Prüfung des Kaisers zugunsten der Gültigkeit aus, so erhalte das Gesetz durch die Verkündigung gemäß Art.2 Satz 2 RV seine verbindliche Kraft. Daraus erhellt, daß Dambitsch keineswegs den Ausschluß des Prüfungsrechts auf die Ausfertigung zurückführt, wofür er mitunter zitiert wird; die Prüfung durch den Kaiser erscheint bei ihm nur als Voraussetzung der Verkündigung. Aber nur letztere ist nach ihm das entscheidende Moment. Ausdrücklich zitiert er daher auch dafür Art.2 Satz 2 RV,

---

306) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Seite 91

307) Dem entspricht Art.106 Abs.1 PrV

308) Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seiten 47 ff., insbesondere Seiten 50, 60 f.

309) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Seite 185; derselbe, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Seiten 47,144; derselbe, AÖR Band 18, Seite 182; derselbe, im Recht 1904, Seite 349. (Anders jedoch im VerwArch. Band 23, Seiten 415 ff.). Die von ihm im AÖR Band 18, Seite 180, für den Ausschluß des Prüfungsrechts durch Art.2 RV zitierte Entscheidung des Reichsgerichts, in Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 48, Seiten 84 ff., enthält davon nichts. In Verfassung des Deutschen Reichs, 5.Auflage, Seiten 144,145, zitiert Arndt diese Entscheidung auch in einem anderen, richtigen Sinne.

während er in seinen Erläuterungen zu der "Ausfertigung"[310] dieser nirgends die bindende Kraft beilegt. Ganz deutlich sagt er auch in seiner Polemik gegen Kahn[311]: "Denn wenn der Richter das Prüfungsrecht hat, kann er nach seinem Ermessen die Gültigkeit verneinen, und tut er dies, so würde das Gesetz trotz der Verkündigung für ihn unverbindlich sein und es wäre eine Ausnahme von der absoluten - Ausnahmen schlechthin verbietenden - Vorschrift des Art.2 statuiert, daß Reichsgesetze ihre verbindliche Kraft durch die Verkündigung erhalten".

Diese Ansicht ist irrig. Der Sinn des Art.2 Satz 2 RV ist der, daß Gesetze ohne gehörige Verkündigung für die Öffentlichkeit noch nicht bestehen sollen; eine Bindung an das Gesetz soll erst dann eintreten, wenn es verkündigt ist. Die Verkündigung ist nicht das die Verbindlichkeit erzeugende Moment, sondern nur eine Voraussetzung für den Eintritt der Verbindlichkeit. Die Erzeugung der Allgemeinverbindlichkeit liegt im Wesen des gesetzgeberischen Akts selbst. Die Sanktion befiehlt der Allgemeinheit ein Tun oder Unterlassen. Die Allgemeinheit soll sich danach richten, soll mit anderen Worten an das Gesetz gebunden sein.[312] An sich ist das Gesetz schon fertig ohne die "Verkündigung". Stimmen die bei der Gesetzgebung beteiligten Faktoren überein und ist das, was das Gesetz überhaupt erst ausmacht, der gesetzgeberische Befehl erfolgt, dann liegt ein Akt des Gesetzgebers fertig vor, der sich an jedermann richtet und nach dem sich jedermann zu richten hat. Es könnte dem einzelnen überlassen bleiben, sich von der Existenz des gesetzgeberischen Akts irgendwie Kenntnis zu verschaffen; der Gesetzgeber kommt ihm - aus welchen Gründen auch immer - entgegen, indem er ihm durch die Verkündi-

---

310) Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seiten 339 ff.
311) a.a.O., Seite 62

312) Laband nennt den Gesetzesbefehl die Ausstattung des Gesetzentwurfs mit verbindlicher Kraft (Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 29).

gung zur Kenntnis verhilft, wenn auch eine eigentliche "Verkündigung" wörtlich genommen nicht vorliegt. Das Gesetz wird lediglich im Gesetzblatt für jedermann erkennbar gemacht. Der Akt, durch den dies geschieht, macht das Gesetz erst sinnlich wahrnehmbar und dadurch für die Außenwelt existent[313]. Es ist sodann für die Allgemeinheit die Möglichkeit vorhanden, sich von dem Gesetz Kenntnis zu verschaffen.

Diese "Verkündigung" ist im Grunde genommen als eine Erleichterung der Kenntnisnahme aufzufassen, der Staat will die in dem Satz "ignoratia juris nocet" liegende Härte mildern[314]. Er bringt daher das Gesetz in einer für beide Teile - Staat und Bürger - möglichst bequemen und leichten Weise zur allgemeinen Kenntnis. Es muß jedoch notgedrungen ein bestimmter Termin festgelegt werden, an dem die allgemeine Kenntnisnahme als feststehend angesehen wird. Niemand soll sich dann mit der Unwissenheit eines gehörig publizierten Gesetzes entschuldigen können. Dies enthält der Ausspruch, daß das Gesetz "verbindlich" sein soll. Die "Verkündigung" ist an sich keineswegs ein notwendiges, logisches, juristisches Moment in dem Gesetzherstellungsverfahren[315]. Notwendig ist vielmehr lediglich eine öffentliche Erklärung des gesetzgeberischen Willens, eine Veröffentlichung, ein Akt, durch den das Gesetz sinnlich wahrnehmbar gemacht wird, so daß es der Allgemeinheit überhaupt möglich ist, sich von dem Gesetz Kenntnis zu verschaffen.

---

313) Vgl.: Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Band 2, Seiten 13 ff. - Otto Mayer, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Band 9 des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Seite 174

314) Liebenow, Die Promulgation, Seiten 37,38. Er erblickt allerdings zu Unrecht in der Verkündigung die Gesetzesentstehung.

315) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Band 1, Seiten 527,547 - Hubrich, in AnnDR 1916, Seite 703

Da die Allgemeinverbindlichkeit das Wesen des Gesetzes ausmacht, folgt, daß es unrichtig ist, zu sagen, die Publikation erzeuge die Verbindlichkeit eines Gesetzes[316]. Die in den Verfassungen zur Verkündigung vorhandenen Bestimmungen wollen und können nichts anderes bedeuten, als daß im öffentlichen Interesse die Ausführung der gehörigen Verkündigung unerläßliche Vorbedingung für den Eintritt der Allgemeinverbindlichkeit sein soll, wie ja auch die Verfassungen die Verbindlichkeit der Akte des Staatsoberhauptes regelmäßig von der gehörigen Erfüllung der Vorschriften über die ministerielle Gegenzeichnung abhängen lassen[317]. Insoweit kommt also der Verkündigung verfassungsrechtliche Bedeutung zu.

---

316) Mit Recht sagt Laband - in Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 54, Anm.2, und Seiten 57, 58 -, daß in Wahrheit die Verbindlichkeit der Gesetze nicht auf ihrem Abdruck im Gesetzblatt, sondern auf der ihnen erteilten Sanktion beruhe; er fährt fort, es sei nur scheinbar, daß die Verbindlichkeit auf der "Verkündigung im Reichsgesetzblatt" beruhe. Auch Oetker sagt mit Recht - in Lebenserinnerungen, Band 3, Seite 76 -, daß Art.106 Abs.1 PrV nur eine Voraussetzung der Verbindlichkeit sei, nicht ein Äquivalent fehlenden Konsenses.

317) S. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 1, Seiten 404, 405. Rönne macht hier eine Ausnahme von seiner in AegidisZ, Band 1, Seiten 385 ff. und in Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 3, Seiten 54 ff., geäußerten Ansicht, daß das materielle richterliche Prüfungsrecht, ob eine Norm mit einem höheren in der Verfassung ausgesprochenen Grundsatz in Widerspruch stehe, ausgeschlossen sei, ohne diese Ausnahme ausreichend zu begründen. Er sagt - in Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Band 1, Seite 408, und in Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, § 68 -: "Aus der Bestimmung des Art.2 RV, daß das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts der Reichsverfassung ausübt, ergibt sich, daß jedes Reichsgesetz mit der Reichsverfassung in Übereinstimmung stehen muß. Es ist daher erforderlich, daß das Gesetz in den vorgeschriebenen Formen und innerhalb der Zuständigkeit des Reichs erlassen wird. Mit Rücksicht hierauf sind die Gerichte im gegebenen Falle berechtigt, zu untersuchen, ob

Man darf Art.2 Satz 2 RV nicht einseitig und aus dem Sinnzusammenhang herausgelöst interpretieren, wie dies Dambitsch[318] tut. Er sagt nämlich: "Art.2 statuiere, daß Reichsgesetze ihre verbindliche Kraft durch die Verkündigung erhalten". Es könnte zu dieser Auffassung nur dann ein zwingender Grund vorliegen, wenn die betreffenden Verfassungsbestimmungen deutlich sagten, daß die Gesetze ihre verbindliche Kraft allein durch die Publikation erhielten. Eine derartige Fassung findet sich aber nirgends. Die Publikation ist ja nicht die einzige Gesetzesvoraussetzung. Wendet man ein, in diesem Fall würden die betreffenden Bestimmungen etwas ganz Selbstverständliches sagen, so ist darauf zu antworten, daß in der Tat jene Bestimmung nur ein allgemeingültiges Prinzip zum Ausdruck bringt, das Prinzip nämlich, daß im modernen Staat die "Verkündigung" nötig ist, damit ein Gesetz verbindlich wird. Man ist also aus dem Vorhandensein der Publikationsbestimmungen in der Verfassung keinesfalls genötigt, dahinter einen weitergehenden als hier eingeräumten Sinn zu suchen.

---

ein Reichsgesetz einen materiell verfassungsmäßigen Inhalt hat". Rönne läßt die Frage unbeantwortet, was in den Staaten zu geschehen hat, in denen sich keine derartige Bestimmung wie Art.2 RV findet (vgl. hierzu Heinze, Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht, Seite 25, gegen den sich Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 49, und Kahn, in AnnDR 1907, Seite 489, wenden). Unter besonderer Berücksichtigung der Gegenzeichnung hat Marschall von Bieberstein, in Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, Seite 470 ff., 520 ff., darzutun versucht, daß das Gesetz schon mit Erlaß des Gesetzesbefehls fertig ist. Richtig ist hingegen, daß das Gesetz zwar entstanden, aber noch nicht vollziehbar ist. Das gleiche läßt sich auch von dem anderen formellen Erfordernis, der Publikation, sagen.

318) Die Verfassung des Deutschen Reichs, Seiten 47 ff., insbesondere Seiten 50, 60

Es ergibt sich nun folgendes: Nimmt man an, daß die Unüberprüfbarkeit aus der Verbindlichkeit des Gesetzes folge, so muß man erst feststellen, ob diese Verbindlichkeit vorliegt. Diese hängt aber davon ab, daß ein Akt der Gesetzgebung vorhanden ist.

Ist zum Erlaß einer Anordnung als Akt der Gesetzgebung die Zustimmung der Kammern nötig? Die Teilnahme der Kammern an der Gesetzgebung ist so gestaltet, daß das Staatsoberhaupt allein das Sanktionsrecht besitzt, während die Kammern lediglich an der Feststellung des Gesetzesinhalts beteiligt sind[319]. Danach ist aber die Teilnahme der Kammern am Gesetzgebungsverfahren so wesentlich, daß zum Erlaß eines Gesetzes die Zustimmung der Kammern erforderlich ist[320]. Liegt die Zustimmung der Kammern nicht vor, so liegt auch kein Gesetz (im formellen Sinne) vor. Es ist dies eines der Grundprinzipien der konstitutionellen Staatsordnung überhaupt[321] [322]. Folglich kommt es dar-

---

319) Dies ist die Formulierung, wie sie vor allem von Laband gebraucht wird.

320) Vgl.: Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Band 2, Seite 6 - Jellinek, Gesetz und Verordnung, Seite 317. Nach diesen beiden Autoren ist die Einwilligung des Parlaments in das Gesetz eine unerläßliche Voraussetzung für den Erlaß des Gesetzesbefehls, der Sanktion durch den Souverän.

321) Wie man sich zum "monarchischen Prinzip" verhält, ist dabei völlig gleichgültig.

322) S. hierzu: Juristenfakultät Heidelberg betreffend die Verordnung des Großherzogtums Sachsen-Weimar vom 21.3.1826, mitgeteilt von Schweitzer, in Martins Jahrbuch Band 1, Seiten 305 ff. - Wächter, Handbuch des im Königreichs Württemberg geltenden Privatrechts, Band 2, Seite 20, Nr.8 - H.A.Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Band 2, Seite 256 - Vollert, ZStaatsw. Band 10, Seiten 593 ff. - Gneist, Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 228,229 - Planck, Jherings Jahrbuch, Band 9, Seiten 229 ff., 322 ff.,357 - Martin (Kronoberanwalt), Der Umfang des landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den konstitutionellen deutschen Bundesstaaten, Seite 70 - Schaff-

auf an, ob die Zustimmung der Kammern erfolgt ist. Damit kommt man aber zu einem Ergebnis, das der Ansicht jener Autoren, die die Publikation als das Prüfungsrecht ausschließend erachten, gerade entgegengesetzt ist, nämlich zur Prüfung der Zustimmung der Kammern.

Des weiteren ist noch zu berücksichtigen, daß wer die Unüberprüfbarkeit auf die "Verbindlichkeit durch die Verkündigung" zurückführt, in Wirklichkeit die Verkündigung zum entscheidenden Moment über die Rechtmäßigkeit erhebt. Was bereits gegen die Annahme der Publikation als allgemeines entscheidendes Kriterium gesagt ist, gilt auch hier, wo es sich um die positive Verfassungsbestimmung der RV über die Publikation handelt.

b) Art.17 RV

In den Worten des Art.17 RV (früher Bundesverfassung): "Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze (früher Bundesgesetze) und die Überwachung

---

rath, Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Seiten 9, 10; derselbe, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, Seiten 7, 29, 31, 32, 70 - John, Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts, in AegidisZ Band 1, Seiten 256, 257 - Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, Seite 39 - Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Seite 159 - Westerkamp, Über die Reichsverfassung, Seite 136 - Oetker, Lebenserinnerungen, Band 3, Seite 64 - Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Seiten 41, 42 - Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Seiten 36, 37- Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 3: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Seiten 50, 51 - Jellinek, Gesetz und Verordnung, Seiten 211, 212, 317 - Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, Seiten 60, 70 - Steinitz, Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts, Seite 52 - Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Seite 45 - Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Seiten 186, 187, 278, 279 .

der Ausführung derselben zu"[323], sieht Martitz[324] für das Reich einen Ausschließungsgrund des richterlichen Prüfungsrechts. Er sagt, der Art.17 gebe dem Präsidium die Befugnis, die Ausführung aller von ihm verkündeten und kontrasignierten Anordnungen und Verfügungen zu überwachen. Wörtlich führt er[325] aus: "und was die Beamten des Bundes und der Einzelstaaten .... betrifft, so sind diese einfach verpflichtet, den Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidii, welche im Namen des Bundes erlassen sind, und die Gegenzeichnung des Bundeskanzlers empfangen haben, Folge zu leisten, gleichviel, ob jene Anordnungen und Verfügungen in der Form von Gesetzen, von Verordnungen oder von speziellen Erlassen und Dekreten ergehen, ob sie vom Präsidium einseitig oder durch Bundesratsbeschluß festgesetzt werden".

Die Ansicht von Martitz ist irrig. Art.17 RV sagt nichts darüber, ob die kaiserliche Verkündigung[326] die richterliche Nachprüfung des Publizierten ausschließt. Der Inhalt, den Martitz der Überwachung der Ausführung der Reichsgesetze gibt, nämlich "Erzwingung auch gegenüber den Beamten" liegt nicht vor. Die betreffenden Worte des Art.17 RV sagen nur, durch wen die dem Reich zustehende

---

323) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Seite 95

324) Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes, Seite 131, insbesondere Anm.99. Er verneint das Prüfungsrecht für das Reich aus Art. 17 RV, für Preußen aus Art.106 PrV. Die Verordnung stellt er auf gleiche Stufe mit den Gesetzen, die Justiz auf gleiche Stufe mit den Verwaltungsbehörden.

325) a.a.O.

326) Auch die in Art.17 RV dem Kaiser zugeschriebene "Ausfertigung" wird vereinzelt als besonderes formelles Kriterium verwendet, allerdings nur im Reichsrecht mit Rücksicht auf die besondere Erwähnung in Art.17 RV. Allein wenn man schon der Ausfertigung die Kraft bindender Konstatierung beilegt, dann muß man dies generell tun, nicht nur im Reichsrecht.

auf an, ob die Zustimmung der Kammern erfolgt ist. Damit kommt man aber zu einem Ergebnis, das der Ansicht jener Autoren, die die Publikation als das Prüfungsrecht ausschließend erachten, gerade entgegengesetzt ist, nämlich zur Prüfung der Zustimmung der Kammern.

Des weiteren ist noch zu berücksichtigen, daß wer die Unüberprüfbarkeit auf die "Verbindlichkeit durch die Verkündigung" zurückführt, in Wirklichkeit die Verkündigung zum entscheidenden Moment über die Rechtmäßigkeit erhebt. Was bereits gegen die Annahme der Publikation als allgemeines entscheidendes Kriterium gesagt ist, gilt auch hier, wo es sich um die positive Verfassungsbestimmung der RV über die Publikation handelt.

b) Art.17 RV

In den Worten des Art.17 RV (früher Bundesverfassung): "Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze (früher Bundesgesetze) und die Überwachung

---

rath, Gehört auch die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zum Bereich der richterlichen Entscheidung?, Seiten 9, 10; derselbe, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, Seiten 7, 29, 31, 32, 70 - John, Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts, in AegidisZ Band 1, Seiten 256, 257 - Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, Seite 39 - Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Seite 159 - Westerkamp, Über die Reichsverfassung, Seite 136 - Oetker, Lebenserinnerungen, Band 3, Seite 64 - Schulze, Das Preußische Staatsrecht, Seiten 41, 42 - Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Seiten 36, 37- Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht, Band 3: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Seiten 50, 51 - Jellinek, Gesetz und Verordnung, Seiten 211, 212, 317 - Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, Seiten 60, 70 - Steinitz, Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts, Seite 52 - Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Seite 45 - Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Seiten 186, 187, 278, 279 .

schen Spruchtätigkeit nicht unterworfen[331) 332)].

c) Art.19 RV

Art.19 der Reichsverfassung (Bundesverfassung): "Wenn Bundesglieder ihre verfassungsmäßigen Bundespflichten nicht erfüllen, können sie dazu im Wege der Exekution angehalten werden"[333)] entnimmt Thudichum[334)], daß bei

---

331) Kahn befindet sich in einem Irrtum, wenn er meint, daß Martitz für seine Zeit im Recht sei, da diese Tatsache sich erst auf Grund des Gerichtsverfassungsgesetzes ergebe. Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte von der Verwaltung als Prinzip des konstitutionellen Staates hat schon vor Errichtung des Gerichtsverfassungsgesetzes gegolten. § 1 dieses Gesetzes ist nichts anderes als der Ausdruck des genannten allgemeinen Prinzips. Der ganze erste Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes über das Richteramt ist erst von der Justizkommission des Reichstages in dem Bewußtsein zugefügt, daß der Inhalt des § 1 dieses Gesetzes stillschweigend vorausgesetzt ist. "Allein die Justizkommission hält die ausdrückliche Proklamierung dieses, seinem Wesen nach eigentlich zur Reichsverfassung gehörigen Satzes für angemessen und nimmt den ihr vorgeschlagenen § 1 ohne alle Debatte an" (Wilhelm Endemann, Der deutsche Zivilprozeß, Berlin 1878, Band 1, Seiten 47, 48).

332) Gegen Martitz spricht sich aus: Kahn, in AnnDR 1907, Seite 408; richtig weist er darauf hin, daß von Bundeswegen gegen die Richter der Einzelstaaten nicht vorgegangen werden kann.

333) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Seite 95

334) Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zollvereins, Seite 97. Er läßt Art.19 RV nur in dem einen, in der zitierten Stelle angegebenen Fall entscheiden. Wie es sich allgemein mit dem richterlichen Prüfungsrecht verhält, und insbesondere, ob den Reichsgerichten das von ihm den Landgerichten abgesprochene Prüfungsrecht zusteht, davon erwähnt er nichts.

Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit verkündigter Reichsgesetze (Bundesgesetze) nicht die Gerichte der Einzelstaaten, sondern nur der Bundesrat die Rechtmäßigkeit festzustellen hat. Diese Ansicht begründet er damit, daß der Bundesrat berufen sei, gegen Bundesglieder wegen Nichterfüllung ihrer verfassungsmäßigen Bundespflichten Zwangsvollstreckung zu beschließen, und er zu diesem Zweck zuvor über den Umfang dieser Bundespflichten erkennen müsse. Thudichum übersieht jedoch, daß der Bundesrat als Einheit der Gliedstaaten Reichssouverän ist. Er kann damit keine wirksame Kontrolle bezüglich der von ihm beschlossenen Gesetze ausüben.

In gleicher Weise schreibt Dreyer[335)] dem Art.19 RV die Wirkung für die Frage bei, ob ein Reichsgesetz über die in der Reichsverfassung gezogenen Schranken hinaus in das Gebiet der Landesgesetzgebung hinübergreife.

Ähnlich wie bei Art.17 RV ist auch hier das Fehlerhafte dieser Argumentation erkennbar. Aus dem Wortlaut des Art. 19 RV geht ohne weiteres hervor, daß es sich nur um die Bundesglieder, also die Einzelstaaten handelt. Gegen die Behörden dieser Staaten kann die Reichsregierung selbst nicht vorgehen. Sie muß sich vielmehr, wie schon gesagt, an die Landesregierungen wenden, damit diese das Erforderliche veranlassen. Es kommt noch hinzu, daß die Regierung überhaupt keinen rechtlichen Einfluß auf die rechtsprechende Tätigkeit der Gerichte nehmen kann, ihnen also ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht vorschreiben kann, wie sie ein Gesetz auszulegen oder ob sie ein Gesetz für verfassungswidrig zu halten haben[336)].

---

335) Das deutsche Reichszivilrecht, Seite 10

336) S. Hänel, Deutsches Staatsrecht, Band 1, Seite 447. Gegen diese Ansicht, die in Art.19 RV ein entscheidendes Kriterium sieht, vgl. Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, Seite 43, und Anschütz, in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Seite 635, denen zuzustimmen ist.

§ 4 Zusammenfassung der Kritik des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Verordnungen und Gesetzen in der konstitutionellen Monarchie

Als Ergebnis der kritischen Betrachtungen des richterlichen Prüfungsrechts in der konstitutionellen Monarchie ist folgendes festzustellen:

1. Verordnung

Bei der Verordnung ergibt sich das grundsätzliche richterliche Prüfungsrecht der Rechtmäßigkeit daraus, daß die Justiz der Verwaltung gleichgestellt ist, und aus dem Prinzip des Vorrangs des Gesetzes vor der Verordnung. Anordnungen des Gesetzes gehen der Verordnung vor, so daß diese nur befolgt zu werden brauchen, wenn sie dem übergeordneten Gesetz entsprechen, wenn sie gesetzmäßig sind. Danach hat der Richter das Recht, Verordnungen sowohl in formeller, wie in materieller Hinsicht zu überprüfen.

Eine Ausschließung dieser Prüfung kann nur durch spezielle Anordnungen in der Verfassung herbeigeführt werden, wie in Art.106 PrV. In diesem Fall ist dem Richter die Überprüfung königlicher Verordnungen entzogen und den Kammern überantwortet.

2. Gesetz

Im Gegensatz zur Verordnung muß sich der Richter beim Gesetz mit der Prüfung begnügen, ob dieses formell verfassungsmäßig zustande gekommen ist. Es erstreckt sich das Prüfungsrecht lediglich auf die Formalien, der Kontrasignatur, der Promulgation, der Sanktion, der Publikation und dem übereinstimmenden Beschluß der an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren. Sind die Formalien erfüllt, so ist der Richter gebunden. Die weitere Prüfung der inhaltlichen Übereinstimmung mit der Verfassung ist ihm verwehrt.

Die Ableitung der Staatsgewalt vom Volk der nachfolgenden Weimarer Republik und der dadurch ausgelösten Entwicklung der Frage des richterlichen Prüfungsrechts zeigt jedoch, daß für die Ablehnung des materiellen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen durch den Richter in der konstitutionellen Monarchie die Begründung in dem Spannungsverhältnis zwischen Souverän und Parlament zu suchen ist. Den Kammern, die ohne Sanktionsbefugnis sind, fällt als Repräsentanten der Gesellschaft die Aufgabe zu, die Gesetze auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit der Verfassung zu überprüfen und hierüber endgültig und verbindlich zu entscheiden.

IV. Teil

Das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Republik

§ 1 Die Übernahme der Staatsgewalt durch das Volk

I. Einleitende Bemerkung

Der Darstellung des richterlichen Prüfungsrechts in der konstitutionellen Monarchie wird gegenübergestellt die Behandlung der Frage während der Weimarer Republik, um das für die konstitutionelle Monarchie gefundene Ergebnis durch den Wechsel des Staats- und Gesellschaftssystems zu verdeutlichen und zu erläutern.

II. Das richterliche Prüfungsrecht nach der Weimarer Verfassung

1. Übernahme des Staats durch die Gesellschaft

Die Krisis des konstitutionellen Verfassungsgefüges nimmt schon in der Vorkriegszeit ihren Anfang, wird aber damals von den meisten Vertretern der deutschen Staatsrechtswissenschaft noch nicht erkannt. Schücking notiert im Jahre 1913 vorausschauend, "daß sich die alten Formen des deutschen Verfassungslebens überlebt hätten und die neuen Formen noch nicht herausgebildet seien"[337].

---

337) Schücking, Walter, Neue Ziele der staatlichen Entwicklung, 1. Auflage, Marburg 1913, Seiten 5 ff.,29 (eine Kritik der Staatsrechtswissenschaft jener Zeit)

Mit Ende des ersten Weltkriegs schwindet die bisherige monarchische Staatsgewalt endgültig. Bei Zusammenbruch des Reiches und Inkrafttreten der Weimarer Verfassung wird der Staat zur Selbstorganisation der Gesellschaft. Das Parlament wird zur Machtübernahme befohlen und es gelingt der Durchbruch eines wirklichen Parlamentarismus. Damit ändert sich der Staat von Grund auf und zwar in dem gleichen Maße, wie jene dualistische Konstruktion von Staat und Gesellschaft, Regierung und Volk, ihre Spannung verliert und der Gesetzgebungsstaat sich vollendet. Die Gesellschaft organisiert sich nun selbst zum Staat, und Staat und Gesellschaft sind in diesem Sinne grundsätzlich identisch. Diese Wendung erklärt Carl Schmitt[338)] als einen Teil einer dialektischen Entwicklung, die in drei Stadien verläuft: Vom absoluten Staat des 17. und 18. Jahrhunderts über den neutralen Staat des liberalen 19. Jahrhunderts zum totalen Staat, in dem Staat und Gesellschaft identisch sind. Damit geht die Staatsgewalt nicht mehr vom Monarchen, sondern vom Volk aus. Der Landesfürst als Souverän ist abgelöst.

2. Keine Normierung des richterlichen Prüfungsrechts in der Weimarer Verfassung

Die in Weimar erstmals am 6.2.1919 zusammentretende Nationalversammlung[339)] vereinigt in sich alle Rechte und Befugnisse und leitet die Staatsgewalt vom Volk ab[340)].

---

338) Vgl. Carl Schmitt, Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, Seite 78

339) Sie wird am 19.1.1919 gewählt

340) Art.1 Abs.2 WRV: "Die Staatsgewalt geht vom Volk aus" (Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Seite 109)

Es besteht damit die Möglichkeit, den neuen Staat auf der Grundlage der Demokratie aufzubauen. Die Organisation der Herrschaftsgewalt wird derart konstruiert, daß sie die Repräsentativversammlung "Reichstag" in den beherrschenden Mittelpunkt stellt. Der Reichstag wird zum Gesetzgeber, wie Art.68 Abs.2 WRV ausdrückt. Damit ist das Parlament der Funktion enthoben, Gesetze, die von ihm erlassen werden, gleichzeitig mit verbindlicher Wirkung auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit der Verfassung zu überprüfen.

Wie sehr man sich jedoch im Unklaren über das Problem des Prüfungsrechts überhaupt, insbesondere über Stellung und Aufgabe der Justiz ist, zeigt deutlich ein von sozialistischer Seite im Zusammenhang mit den Beratungen zu Art.102 der Verfassung gestellter Antrag, wonach der Reichstag die Oberaufsicht über die Rechtsprechung erhalten solle. Wäre der Antrag nicht abgelehnt, sondern diese Bestimmung tatsächlich in die Verfassung aufgenommen worden, so wäre nichts anderes als eine absolutistische Demokratie entstanden[341].

Das Problem des richterlichen Prüfungsrechts kommt im Verfassungsausschuß eingehend zur Sprache[342]. Die Meinungen prallen hart aufeinander, und es ergibt sich, daß Pro und Kontra richterliches Prüfungsrecht quer durch die Parteien geht[343].

---

341) Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reichs, Kommentar zur WRV, Seite 416

342) Vgl. dazu Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Aktenstück Nr. 391, Seiten 483 ff.

343) Gegen die Einräumung des richterlichen Prüfungsrechts vor allem Kahl , dafür vor allem Cohn und Zatzenstein.

Ein vom Verein für Recht und Wirtschaft gefertigter Verfassungsentwurf sieht in Art.147 expressis verbis die positive Regelung des Prüfungsrechtes vor[344], dagegen lautet ein Antrag des Abgeordneten Ablass zu einem Art. 114 a nur auf Einführung einer abstrakten Normenkontrolle durch den Staatsgerichtshof auf Antrag einer Reichstagsminderheit. Eine sonstige Gesetzesprüfung durch die Gerichte solle ausgeschlossen sein. Mit Mehrheit wird dieser Antrag abgelehnt.

Da man zu keiner Einigung gelangt und die zur Verfügung stehende Zeit drängt, unterläßt man es, die Frage in der Verfassung überhaupt zu beantworten[345].

Preuss[346] erklärt in einer Sitzung, die Nicht-Positivierung des richterlichen Prüfungsrechts besage nichts gegen dieses. Seiner Meinung nach bestehe ein Prüfungsrecht dort, wo es nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei; für ihn "verstehe es sich von selbst", wenn nichts anderes bestimmt sei. Der Ausschluß des Prüfungsrechts in Preußen durch Art.106 PrV von 1850 sei ein Sieg der Reaktion über den Rechtsstaat von 1848 gewesen.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang eine weitere Äußerung Preuss' in einer privaten Mitteilung an Morstein-Marx vom 26.11.1924[347], "Als alter Anhänger des richter-

---

344) JÖR 1920, Band 1, Seite 123

345) Beyerle, Bericht der Verfassunggebenden Nationalversammlung, a.a.O. Mündlicher Bericht des 8.Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des deutschen Reichs Nr.59 der Drucksachen, Seite 486 R - Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frankfurt a.M. 1953, Art.100, Anm.3

346) Verhandlungen der Verfassunggebenden Nationalversammlung, a.a.O. S.483

347) In verkürzter Form zitiert nach Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Seite 32

lichen Prüfungsrechts hatte ich daran gedacht, in den Entwurf zur Reichsverfassung eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne aufzunehmen, dann aber darauf verzichtet in dem überall befolgten Bestreben, prinzipielle Streitfragen ohne dringende praktische Notwendigkeit nicht aufzuwerfen. Später regte dann der damalige Volksbeauftragte Dr.Landsberg die Aufnahme einer das richterliche Prüfungsrecht verneinenden Bestimmung an. Das Hauptmotiv dafür war die Praxis des amerikanischen obersten Bundesgerichts, das einstmals eine Einkommenssteuer wegen Verletzung des Privateigentums für verfassungswidrig erklärt hatte. Ich lehnte die Aufnahme einer solchen Bestimmung als gegen meine Rechtsüberzeugung verstoßend ab und so blieb es dabei, daß eine ausdrückliche Bestimmung nicht aufgenommen wurde".

Man erkennt bei den Beratungen offenbar nicht, welchen Wert und welche Bedeutung das richterliche Prüfungsrecht infolge der veränderten Verfassungslage besitzt und hält es nicht für ein Anliegen, dessen Verwirklichung als verfassungspolitische Notwendigkeit zu erstreben ist. Politische Bedeutung aber billigt man dieser Frage überhaupt nicht zu. Die Schranken, die das Prüfungsrecht dem Gesetzgeber aufzuerlegen hat, sieht man nicht und unterläßt es, sich dagegen zu sichern, obwohl Triepel bereits 1919[348)] deutlich gezeigt hat, worum es sich letzten Endes bei der gerichtlichen Kontrolle handle, nämlich darum, gegen den Parlamentsabsolutismus, der gegen sich selbst keine Kontrolle bietet, einen von ihm nicht zu überwindenen Widerstand zu schaffe . Das Versäumnis zeigt sich bald nach der Gründung der Republik, als die Weimarer Koalition, die politische Grundlage des Verfassungswerks, nicht mehr im Stande ist, ihr Werk zu tragen.

---

348) Der Weg der Gesetzgebung, AÖR Band 39, Seiten 536, 538

Die Weimarer Verfassung umgeht somit eine vordringliche Entscheidung für das richterliche Prüfungsrecht und überläßt die Behandlung der Frage der Wissenschaft und den Gerichten.

§ 2 Das richterliche Prüfungsrecht in der Wissenschaft

I. Einleitende Bemerkung

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen bleibt in vollem Umfang unbestritten; gleichfalls wird das formelle Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen anerkannt; daneben regelt Art.13 WRV[349] die Prüfung der Vereinbarkeit von Landesgesetzen mit dem Reichsrecht.

Gegenstand der Untersuchungen und Auseinandersetzungen ist damit nur noch das materielle Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen.

Da die Verfassung zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts schweigt, nimmt sich die Wissenschaft des Problems an[350] und versucht auf verschiedenen Wegen zu einer Lösung zu gelangen.

II. Die auf logisch-dogmatischen Gedankengängen aufbauenden Theorien

1. Die das Prüfungsrecht verneinenden Autoren

Bei Wiederaufnahme der Kontroverse nach dem 1.Weltkrieg und nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung sind

---

349) Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Seite 112 - Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar zur WRV, Art.70, Anm.2 und 3

350) Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band 1, Seite 675

die Gegner des richterlichen Prüfungsrechts in der Mehrzahl. Von ihnen ist vor allem Arndt[351] zu nennen. Er steht wie vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung auf dem Standpunkt strenger Ablehnung des Prüfungsrechts unter Verwerfung der Labandschen Ausfertigungstheorie[352]. Er sagt: "Nicht weil irgendjemand das Gesetz ausfertigt, sondern weil das Gesetz höchsten Machtwillen ausdrückt, haben die Gerichte nicht das Recht, Gesetze auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen zu prüfen". Arndt hält an den in der Vorkriegszeit gebrauchten Argumenten fest und führt aus[353]: ".... erfolgt der Ausschluß des Prüfungsrechts bei gehörig verkündeten Gesetzen aus dem Wesen und Begriff des Gesetzes, dem jedermann, die Gerichte voran, Gehorsam schuldig sind"[354].

Zur Untermauerung seiner ablehnenden Ansicht zieht er sogar die Weimarer Verfassung heran und argumentiert: Nach Art.13 Abs.2[355] kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde die Entscheidung eines obersten Gerichtshofes des Reichs anrufen, wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten entstehen, ob landesrechtliche Normen mit

---

351) Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen?, Das Recht 1920, Seiten 105 ff.; derselbe, Preußisches Verwaltungsblatt, 1921/22, Seiten 37 ff.

352) Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3.Auflage 1927, S.281

353) Verfassung des Deutschen Reiches, 5.Auflage 1913, S.144

354) In Das Recht, a.a.O.:".... daß nur einer Herr sein und herrschen kann, und daß dieser eine der Gesetzgeber ist, und daß das Gesetz begrifflich sein soll der Ausdruck des allgemeinen Staats- und Volkswillens, der alles zu befehlen hat und dem jeder, die Gerichte voran, zu gehorchen hat".

355) Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines

dem Reichsrecht vereinbar sind. Mit einem argumentum e contrario, folgert Arndt, lasse sich hieraus schließen, daß zur Entscheidung der Frage, ob ein Reichsgesetz mit der Reichsverfassung in Widerspruch stehe, kein Gericht berufen und befugt sei.

Arndt verschließt sich ganzlich der veränderten Verfassungslage durch das Argument, der Richter mache sich mit einem Prüfungsrecht zum Souverän.

Auch Jellinek gelingt es nicht, sich aus dem Denken der vorrepublikanischen Zeit zu lösen und so vertritt er weiterhin die Ansicht, daß die herrschende Meinung vor 1919 das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen ausschließt und eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung notwendig sei, um den bisherigen Rechtszustand zu wandeln.

Anschütz, der sich mit am längsten gegen das richterliche Prüfungsrecht ausspricht, operiert vor allem mit dem Argument der Labandschen Theorie[356]. Er geht sogar noch insoweit über Laband hinaus, als er nicht nur in der Eigenart der Ausfertigung eine praesumtio juris et de jure für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes begründet sieht, sondern sogar in der Verkündigung; maßgebend sei für jeden, den es angehe, insbesondere für die Gerichte, der publizierte Text und nicht die Urschrift der Ausfertigung. Zu Labands Anhängern gehören auch Giese[357] und Meißner[358]. Eine andere Abwandlung Labandscher Theorien findet sich bei Friedrichs[359].

---

obersten Gerichtshofes des Reiches anrufen (zitiert nach Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Band 3, Seite 112

356) Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar zur WRV, Art.70, Anm.2 und 3, Art.102, Anm.3-6; derselbe, VerwArch. Band 30, Seiten 346 ff.

357) Reichsverfassung vom 11.8.1919, 6. Auflage, Berlin 1926, Seiten 210 ff.

358) Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder, 2.Auflage, Berlin 1923, Seiten 127 ff.

359) Das Recht 1924, Spalten 331 ff.

Er sieht in der Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch den Reichspräsidenten eine unwiderlegliche Vermutung der Verfassungsmäßigkeit. Mangels weiterer Gründe kann hierin keine bindende Beurteilung liegen.

Anschütz erklärt schließlich im Hinblick auf die Verfassungsschutzfunktion des Prüfungsrechts, die Verfassung solle und könne durch Beschlüsse des Parlaments, auch durch die öffentliche Meinung geschützt werden, ja sie schütze sich eigentlich selbst. Diese Verfassungssicherungen entspringen einer rein dogmatischen Auffassung und sind unwirksam. Durch das Parlament kann kein Schutz gegen eben dieses Parlament erwartet werden.

Dem Drange der Zeit nachgebend, die sich für das volle richterliche Prüfungsrecht zu entscheiden beginnt, entschließen sich eine Reihe von Positivisten und andere Gegner des Prüfungsrechts zu dem Kompromiß, einen Gerichtshof zu fordern, dem allein das richterliche Prüfungsrecht übertragen werden soll[360]. Anschütz entschließt sich nur schwer, das Prüfungsrecht für den Staatsgerichtshof anzuerkennen[361].

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die allein auf logisch-dogmatischen Gedankengängen aufbauenden Schriftsteller[361a] sich in der Frage des richterlichen Prüfungsrechts auch unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung mit den in der konstitutionellen Monarchie gebrauchten Argumenten entscheiden und zu erkennen geben, daß sie dem grundlegenden Verfassungswandel in dieser Hinsicht keine ent-

---

360) S. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Seiten 254 ff., 292; derselbe, Verfassungsgerichtsbarkeit, Seiten 30 ff., 80, 85; derselbe, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Kant Festschrift), 1924, Band 17, Seite 402. - Jellinek, VVDStRL Heft 2, Seite 40. - Thoma, DJZ 1925, Seite 573

361) Vrhdl. 34. DJT, Band 2, Seiten 209, 211

361a) so auch Wittmayer, Die Weimarer Verfassung, 1922, Seite 472, und Schelcher, Fisch.Zeitschr. Band 59, Seite 64 f., die der Ansicht sind, das richterliche Prüfungsrecht müsse in der Verfassung ausdrücklich geregelt sein.

scheidende Bedeutung beimessen.

2. Die das Prüfungsrecht bejahenden Autoren

Die der logisch-dogmatischen Theorie im engeren Sinne zuzurechnenden Anhänger, die das richterliche Prüfungsrecht bejahen, sind in sehr geringer Zahl. Es sind nur zu nennen Nawiasky und ferner Fleiner[362].

Nawiasky[363] vertritt den Standpunkt, im geltenden Staatsrecht bestünden "Normen, aus denen sich als Vordersätze eine eindeutige Lösung der Kontroverse zwingend ergibt". Er[364] kommt dadurch zu voller Anerkennung des materiellen Prüfungsrechts, daß er davon ausgeht, das volle Prüfungsrecht bestehe, solange es nicht ausdrücklich durch positive Verfassungsbestimmungen ausgeschlossen sei.

Eine andere Gruppe von Autoren, die einer logisch-dogmatischen Theorie nahestehen, bejaht das materielle Prüfungsrecht, weil der Richter gemäß Art.102 WRV nur dem Gesetz unterworfen sei und daher prüfen müsse, ob eine von ihm

---

362) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Seite 19, Anm.27, Seite 68, Anm.4; derselbe, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1922, Seite 44, Anm.12, Seite 276, Anm.8

363) Bayerisches Verfassungsrecht, Seiten 368 ff.; derselbe, DJZ 1923, Spalten 44 ff., insbesonder Spalte 41

364) Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, Seiten 73 f. Gleicher Ansicht: Fleischmann, Die materielle Gesetzgebung, Handbuch der Politik, Band 1, Seiten 227 ff. - Preuß, Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336, Nr.391, S.483: "Das richterliche Prüfungsrecht existiert unbedingt dort, wo es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist". Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Seite 254 f. - Hubrich, Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reiches, Seite 151 - Wilhelm van Calker, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage 1928, Seite 67 - Maschke, Die Rangordnung der Rechtsquellen, 1932, Seite 135

anzuwendende Norm wirklich ein Gesetz sei, Art.102 WRV enthält aber lediglich das allgemeine und seit 1877 in § 1 Gerichtsverfassungsgesetz niedergelegte Prinzip,daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Zu diesen Autoren zählen: Hubrich[365], Bendix[366], Bühler[367], Ebermayer[368], Freytagh-Loringhoven[369], Görres[370], Hecking[371], Klee[372], Poetzsch[373], Stier-Somlo[374] und

---

365) Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, Seiten 150 ff.

366) JW 1924, Seiten 527 ff.; derselbe, DJZ 1924,Spalte 864

367) DJZ 1921, Spalte 580

368) Stellungnahme vor dem Staatsgerichtshof am 3.10.1922, zitiert nach Thoma, AÖR Band 43, Seite 269; derselbe in Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, § 2, Anm.4

369) Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit, Seiten 238 ff.

370) Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen nach der Reichsverfassung?, JW 1924, Seiten 1564 ff.

371) Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, Dissertation Marburg 1927, Seite 44

372) Die richterliche Prüfung von Gesetzen, DRZ 1924, Spalte 153

373) Handausgabe der Reichsverfassung vom 11.8.1919, 2.Auflage, Berlin 1921, Seiten 133, 158; derselbe, in Poetzsch-Heffter, Handkommentar zur Reichsverfassung vom 11.8.1919, Art.70, Anm.3

374) Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band 1, Seiten 674 ff.; derselbe, Kommentar zur Verfassung des Freistaates Preußen vom 30.11.1920, Seite 196; derselbe, AÖR 1922, Band 42, Seiten 105 ff., 184 ff.; derselbe, Politische Freiheit, insbesondere in der Demokratie, Köln 1926, Seite 16

Wassertrüdinger[375) 376)].

Die Argumentation dieser Autoren enthält als entscheidenden Beweisfehler, daß sie das gewünschte Ergebnis vorwegnimmt, ohne es zu begründen.

Im Gegensatz zu Arndt will Gerber[377)] durch einen direkten Schluß aus Art.13 WRV die Bejahung des richterlichen Prüfungsrechts folgern. Gerber vertritt die Ansicht, Art.13 Abs.2 WRV sei nur eine Hervorhebung eines besonderen Spezialfalles des richterlichen Prüfungsrechts. Es beruhe mehr auf praktischen Erwägungen, um die Rechtskraftwirkung auszudehnen. Daneben werde geradezu vorausgesetzt, daß auch die Verfassungswidrigkeit von Reichsgesetzen durch den Richter festgestellt werden könne. Wie Arndt ist auch Gerber entgegenzuhalten, daß sich aus Art.13 Abs.2 WRV für die Frage nach dem Prüfungsrecht keine Folgerungen gewinnen lassen, da in der Weimarer Reichsverfassung keine endgültige Entscheidung zu dem incidenten Prüfungsrecht des Richters getroffen ist.

III. Die auf juristisch-politischen Gedankengängen aufbauenden Theorien

1. Allgemeines

Das Bestreben, das Problem des richterlichen Prüfungsrechts

---

375) Darf der Richter die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nachprüfen?, JW 1925, Seiten 44 ff.

376) Zu dem umgekehrten Ergebnis kommt Leo Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1922 - indem er argumentiert: Der Richter ist dem Gesetz "unterworfen"; folglich ist es seine Aufgabe, das Gesetz anzuwenden, wenn er die ordnungsgemäße Ausfertigung und Verkündigung festgestellt hat; prüfe er mehr, dann überschreite er die ihm zugewiesene Kompetenzsphäre und stelle sich über das gültige Gesetz, dem er doch "unterworfen" sei.

377) Gesetz und Verfassung, Zeitschrift für Ostrecht,

vom Standpunkt einer juristisch-politischen oder juristisch-teleologischen Betrachtungsweise aus zu lösen, geht von dem Bewußtsein aus, daß sich das Vorliegen des Prüfungsrechts auf Grund der Weimarer Verfassungsverhältnisse genau so wenig zwingend beweisen lasse wie das Gegenteil[378]; das müsse zu der Erkenntnis führen, daß eine Lücke in der Verfassung vorliege, mit der Folge, daß jeder Richter tatsächlich sowohl die Möglichkeit habe, das richterliche Prüfungsrecht in Anspruch zu nehmen, als auch es abzulehnen; Verfassungs- und Gesetzesrecht geben ihm keine unmittelbare Handhabe; in Ermangelung logisch-dogmatischer Argumentation sei daher die Lücke durch eine Interessenabwägung zu schließen[379].

2. Die das Prüfungsrecht verneinenden Autoren

Es ist das Verdienst Thomas[380] als erster in einem Referat vor der Konferenz der deutschen Staatsrechtslehrer[381] bewußt versucht zu haben, mit Hilfe der juristisch-politischen Methode durch eine allseitige Interessenabwägung eine befriedigende Lösung des Problems zu erzielen[382].

Thoma kommt mit Hilfe dieser Abwägung zu dem Ergebnis, daß kein Grund vorhanden sei, das richterliche Prüfungsrecht

---

3.Jahrgang 1929, Seiten 15-17

378) Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Seite 1: "Die Behandlung des Problems wird keine Maximen fördern, sondern günstigstenfalls mehr oder minder brauchbare Reflexionen bieten".

379) S. dazu Morstein-Marx, a.a.O., Seite 144

380) Das richterliche Prüfungsrecht, AÖR Band 43, Seiten 267 ff.

381) Gehalten am 14.10.1922

382) Thoma, a.a.O., Seite 272. Vgl. auch Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band 1, Seite 675

zu bejahen. Einerseits hält er es für nötig, die Bestimmungen der Verfassung zu achten und insbesondere vor dem einfachen Gesetzgeber zu schützen. Andererseits fragt es sich, ob man nicht den für die "Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit" günstigen Standpunkt der Verneinung des richterlichen Prüfungsrechts aufrechterhalten kann[383]. Es entsteht also für Thoma die Frage, ob im "Verfassungsrecht hinreichend starke und zuverlässige Bürgschaften dafür geschaffen sind, daß die mit höherer Weihe bekleideten Sätze der Verfassungsurkunden weder auf Umwegen noch geradezu durch einfache Parlamentsmehrheiten über den Haufen geworfen werden"[384]. Diese sind nach seiner Ansicht vorhanden. Er sieht sie zunächst darin, daß "verfassungsändernde Normen sich unbemerkt in die Gesetzgebung einschleichen können, nur soweit es sich um Belanglosigkeiten und juristische Finessen handelt"[385], die nicht von entscheidender Bedeutung sein können. Er führt weiter an, daß den Minderheiten die Möglichkeit gegeben ist, bei offenen Verletzungen der Verfassung durch das Landesparlament die Klage bei dem Staatsgerichtshof zu erheben und daß eine offene Verfassungsverletzung des Reichsgesetzgebers nicht sehr wahrscheinlich ist, weil das Einspruchsrecht des Reichsrats[386], das Minderheitsrecht auf Aussetzung und Volksentscheid[387] und die Rechte des Reichspräsidenten[388] hinreichend Schutz dagegen böten.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Radbruch[389]. Auch er weist

---

383) Thoma, a.a.O., Seite 273
384) Thoma, a.a.O., Seite 275
385) Thoma, a.a.O., Seite 286
386) Art. 74 WRV
387) Art. 72 und Art. 2 WRV
388) Art. 70, Art. 73 Abs.2 und Art. 74 Abs.3 WRV
389) Richterliches Prüfungsrecht?, Die Justiz, Band 1, Seiten 12 ff.

auf die vielen Filter im Gesetzgebungsverfahren hin, die ein grober offener Verfassungsbruch überhaupt nicht passieren könne. Er glaubt weiter, daß eine große Rechtsunsicherheit eintreten werde, wenn man den Gerichten ein Prüfungsrecht zubillige, welches nur dort möglich sei, wo die Justiz in unerschütterlicher Autorität stehe.

Thoma und Radbruch überschätzen in ihren Interessenabwägungen die Frage der Rechtssicherheit, während sie auf der anderen Seite das Bedürfnis für das richterliche Prüfungsrecht nicht genügend würdigen. Zunächst darf man den Fall ausschalten, daß eine einfache Reichstagsmehrheit in Verbindung mit einer einfachen Reichsratsmehrheit und dem Reichspräsidenten mit dem offenen Bekenntnis der Verfassungsverletzung ein verfassungswidriges Gesetz durchbringen. Dieser Fall dürfte praktisch nicht möglich sein.

Sofern eine Minderheit von einem Drittel der an der Abstimmung Teilnehmenden gegen das Gesetz ist, kann sie die Aussetzung des Gesetzes auf zwei Monate verlangen. Dieser von Thoma angeführte Schutz wird sofort hinfällig, wenn Reichstag und Reichsrat das Gesetz (mit einfacher Mehrheit) für dringlich erklären[390]. Selbstverständlich wird eine derart entschlossene Mehrheit dies tun. Nimmt man den Fall an, daß nach Art. 73 Abs. 2 WRV ein Volksentscheid gegen das Gesetz zustande kommt, so ist an Erfolg kaum zu denken, auch wenn eine noch so gerechte Sache, eine noch so empörende Verfassungsverletzung vorliegt. Nach Art. 75 WRV muß sich bei einem derartigen Volksentscheid etwa die Hälfte der Stimmberechtigten an der Abstimmung beteiligen. Die Erfahrungen

---

390) Art. 71 Satz 1 und 2 WRV

der Weimarer Zeit zeigen, daß in solchen Fällen der Volksentscheid keinen wirklichen Verfassungsschutz gewährt. Auch die letzte Sicherung Thomas, der Reichspräsident[391], kann einer skeptischen Nachprüfung als Sicherheit nicht genügen, wenn auch der Reichspräsident auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Stellung als unparteilicher und unabhängiger Repräsentant der hoheitlichen Erscheinung des Staates gewertet werden muß. Die Funktion des Reichspräsidenten besteht in erster Linie darin, "ein gewisses Zentrum, einen ruhenden Pol in der Verfassung zu bilden."[392] Preuß schließt an diese Feststellung die weitere Bemerkung: Je mehr Kollegien sie (die Reichstagsabgeordneten) haben werden, die zusammenwirken, je mehr Massenabstimmungen durch Referenten, Reichsrat, Arbeiterräte usw., um so größer wird das Bedürfnis, neben dem allem einen festen Punkt zu haben, in dem wenigstens in der Idee die Fäden zusammenlaufen[393]. In diesem Zusammenhang findet sich die Kennzeichnung des Reichspräsidenten als einer vermittelnden Größe, eines pouvoir neutre oder pouvoir intermediaire, als eines Repräsentativorgans, der Beziehungen zu allen Landesteilen, zu allen Parteien und zu den auswärtigen Staaten unterhält und der eine vermittelnde Größe zwischen Parlament und der Regierung darstellt. Das richterliche Prüfungsrecht ersetzt er aber nicht.

3. Die das Prüfungsrecht bejahenden Autoren

Triepel[394] vertritt auf Grund allseitiger Interessenabwä-

---

391) Thoma, a.a.O., S.278

392) Preuß, Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 336,Nr.391,Seiten 483,484

393) Preuß, a.a.O.

394) Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AÖR Band 39, Seiten 456,534; derselbe, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Beiträge zur Auslegung des Art.19 WRV, Seite 92, Anm.2

gung den Standpunkt, den er in den Kernsätzen ausspricht[395]: "Das richterliche Prüfungsrecht ist in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machthungrigen Parlament. Es ist eine alte Wahrheit, daß der Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechts, um mit Gneist zu sprechen, eine der Türen öffnet, durch die sich der Absolutismus Eingang in den Staat verschafft. Ob es monarchischer oder parlamentarischer Absolutismus ist, macht dabei wenig Unterschied"[396]. Deshalb scheidet das Parlament selbst ohne weiteres als Bollwerk gegen Verfassungsdurchlöcherungen aus[397].

Das zum Schutz der Freiheit bestimmte Gleichgewicht der Gewalten kann nicht funktionieren, wenn das Parlament zur Prüfung der von ihm erlassenen Rechtssätze berufen wäre; es wäre widersprüchlich, daß derjenige, der eine Anordnung erläßt, ohne ausdrückliche Ermächtigung, im Falle eines Streits, über die Rechtmäßigkeit dieser Anordnung selbst bindend zu entscheiden hätte; es wäre zu befürchten, daß das Parlament, oder genauer gesagt: die Parlamentsmehrheiten, beschränkend in die bürgerlichen Freiheiten eingreifen könnten. Schutz und Bewahrung davor bietet das richterliche Prüfungsrecht.

Der Reichstag, das Reichsparlament ist nicht wie in der kon-

---

395) Triepel, AÖR, a.a.O., S.537

396) Ebenso Ludwig Waldecker, Die Verfassung des Freistaates Preußen, 2.Auflage, Berlin 1928, Art.61, S. auch: Bühler, DJZ 1921, Seite 580 - Mügel, DJZ 1926, Seiten 11 ff., insbesondere Seite 13 - Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1922, Seiten 245,275 - Poetzsch, Handausgabe der Reichsverfassung vom 11.8.1919, 2.Auflage, Berlin 1921, Art.102, Anm.3. (Allerdings muß bemerkt werden, daß Gneist kein Anhänger des materiellen richterlichen Prüfungsrechts ist, sondern sich für ein formelles entschieden hat, s. Vrhdl. 4.DJT, Band 1, Seiten 212 ff.,227 ff., insbesondere Seite 230).

397) S. Morstein-Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Seite 78: "Das Parlament ist nicht der Läuterungstempel des Gesetzes".

stitutionellen Monarchie ein Teil der Legislative, sondern er ist die Legislative selbst. Ist in der konstitutionellen Monarchie im Parlament ein Kontrollorgan zu sehen, das den Souverän und die Regierung, der der Reichstag sonst nichts anhaben kann, auf Wahrung der Verfassung beobachten soll, so ist in der Weimarer Republik der Reichstag das maßgebende Organ selbst, das die Regierung als seinen sozusagen geschäftsführenden Ausschuß bestellt. Im 19.Jahrhundert geht Kampf und Mißtrauen gegen den Souverän und die Exekutive und manifestiert sich im Parlament, in der parlamentarischen Republik geht der Kampf gegen den Gesetzgeber, also gegen das Parlament und offenbart sich in der Forderung nach dem Verfassungsgerichtshof und dem richterlichen Prüfungsrecht.

Die Verfassung ist außerstande, sich selbst zu schützen[398]. "Sie kennt keine hinreichenden Garantien, sich vor offenen Verletzungen zu bewahren; sie enthält keine zuverlässigen Bürgschaften, sich gegen die nicht minder gefährlichen Fälle zu verteidigen, in denen eine Durchlöcherung zwar undedingt verborgen, aber ungewiß ist. Der Glaube an die unbedingte Zuverlässigkeit des Ventilationssystems in der Verfassung ist nur metaphysisch begründet wie der eines Grotius an ein rational zu ermittelndes absolut wahres und richtiges Recht"[399]. Die beste Verfassung ist und bleibt Menschenwerk. Der Richter ist der einzige unabhängige Fachmann ex officio[400] und erscheint zum Hüter der Verfassung am besten geeignet zu sein. Damit ist dem richterlichen Prüfungsrecht in der Wissenschaft endgültig die Bahn gebrochen.

§ 3 Das richterliche Prüfungsrecht in der Rechtsprechung

I. Die Rechtsprechung bis zur Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts

Die entscheidenden Impulse für die Durchsetzung des rich-

---

398) Ebenso: Morstein-Marx, a.a.O.,Seite 85. Anderer Ansicht: Thoma, AÖR Band 43, Seiten 285,286

399) Morstein-Marx,Art.13 Abs.2 und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit,AÖR,N.F., Band 6,Seite 223

400) Morstein-Marx, AÖR, a.a.O., Seite 224

terlichen Prüfungsrechts in der Praxis gehen nicht von der Wissenschaft, sondern von der Rechtsprechung aus. Gerade weil es nicht normiert ist, erhält die Praxis der Gerichte eine um so größere Bedeutung.

Die Haltung des höchsten deutschen Gerichts, des Reichsgerichts, ist zunächst unklar. Wohl zeigt es Tendenzen zum richterlichen Prüfungsrecht hin, spricht sich aber nicht eindeutig aus. Der VI. Zivilsenat beruft sich in seiner Entscheidung vom 28.6.1921[401)] auf die angeblich "ständige" Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach die Gerichte befugt sein sollen, sowohl die formelle als auch die materielle Gültigkeit eines Gesetzes nachzuprüfen, doch befaßt sich die Entscheidung selbst nur mit der Kontrolle einer Verordnung und stützt sich zudem auf frühere Entscheidungen, die die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht betreffen.

Die am 8.12.1923 durch den V.Zivilsenat gefällte Entscheidung bezieht sich ihrerseits wiederum auf die vorgenannte Entscheidung, unterliegt also der gleichen irrtümlichen Auffassung; auch hier ist Gegenstand der Prüfung kein Gesetz, sondern eine Verordnung[402)].

---

401) Entscheidungssammlung Band 102, Seiten 161 ff., insbesondere Seite 164. Die Bedeutung dieser Entscheidung ist umstritten; vgl.dazu Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Jahrbuch Band 27, Seite 23 - Thoma,DJZ 1925, Spalte 573 ff. - Jellinek,Walter, JW 1924, Seite 52; derselbe, JW 1925, Seiten 545 ff.; derselbe, Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL Heft 2, Seiten 38 ff. - Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar zur WRV,Seite 217 - Simonson, Das Recht 1924, Spalte 109 ff. - Stoll, in Jherings Jahrbuch 1925, 2.Folge, Band 40, Seite 197,Anm.1 - Schelcher, Fischers Zeitschrift 1926, Band 59, Seiten 30 ff. - Hippel, AÖR, N.F., Band 10, Seite 132, Anm.23 - Emminger, Verhandlungen des Reichstags vom 17.2.1926,163. Sitzung, Seite 5645 C/D. In der zitierten Reichsgerichtsentscheidung findet der schöpferische Wille in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seinen Ausdruck.

402) Entscheidungssammlung Band 107, Seiten 377 ff., insbesondere Seite 379

II. Die Rechtsprechung nach der Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts

Als erstes der höchsten Gerichte nimmt der Reichsfinanzhof das Prüfungsrecht für sich in Anspruch, und zwar in Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Er prüft dabei die Gültigkeit des Reichsgesetzes über eine Kriegsabgabe von Vermögenszuwachs, sowie einzelner Bestimmungen der Reichsabgabenordnung und bestätigt sie[403].

Das Reichsversorgungsgericht folgt auf diesem Weg. Es prüft und verneint die Gültigkeit des Art.8 der 7.Ergänzung zum Besoldungsgesetz vom 25.3.1922[404].

Auch das Preußische Oberverwaltungsgericht schließt sich dieser Rechtsprechung an[405].

Schließlich kommt es zu der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 4.11.1925[406], in der ausgesprochen wird: "Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschrift enthält, nach der die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden". Das Reichsgericht begründet das richterliche Prüfungsrecht also damit, daß es von der Reichsverfassung nicht ausgeschlossen sei; es vertritt die rechtslogische Argumentation in einfachster Form[406a].

---

403) Entscheidung des III.Senates vom 23.3.1921, Entscheidungssammlung Band 5, Seite 333; s.auch Band 7, Seite 97. Vgl.dazu Hensel, AÖR, N.F.,Band 6,Seiten 331 ff.

404) Entscheidung des Großen Senates vom 21.10.1924, Entscheidungssammlung Band 4, Seiten 168, 169

405) Preußisches Verwaltungsblatt 1924/25, Seite 559, und JW 1926, Seiten 892 f.

406) Entscheidung des V.Zivilsenats, Entscheidungssammlung Band 111, Seiten 320 ff., insbesondere Seite 323

406a) Vgl. Nawiasky, oben Seite 119, 2., und FN 364

Damit hat sich auch dies Gericht eindeutig zum richterlichen Prüfungsrecht bekannt, dieses realisiert und an ihm in ständiger Rechtsprechung von da an festgehalten[407], wenn es auch nicht so weit geht, wie einige seiner Mitglieder, die auch eine Prüfung der Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit naturrechtlichen Prinzipien[408] fordern.

Andere Senate des Reichsgerichts schließen sich dieser Überzeugung an, ebenso andere obere und höchste Gerichte[409].

§ 4 Schlußbemerkung

Berücksichtigt man die präjudizielle Wirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, so ist mit ihr das richterliche Prüfungsrecht als durchgesetzt und allgemein anerkannt anzusehen und entfaltet seine dauernde Wirkung.

Als Schlußstein dieser langen verfassungsrechtlichen Entwicklung, das richterliche Prüfungsrecht in vollem Umfang nunmehr als gegeben voraussetzend, gehen die nach 1945

---

407) Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen: Band 114, Seite 33; Band 124, Seite 183; Band 128, Seite 165; Band 129, Seite 146

408) Kundgebung des Leipziger Richtervereins, JW 1924, Seiten 90 ff.: ein Gesetz solle auf innere Gerechtigkeit und Übereinstimmung mit dem "richtigen Recht" geprüft werden.

409) Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen: Band 114, Seite 33; Band 124, Seite 183; Band 128, Seite 156; Band 129, Seite 146 - Bayerisches Oberstes Landesgericht, in DJZ 1926, Spalte 903 - Preußisches Oberverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung Band 81, Seite 384 - Hamburger Oberverwaltungsgericht, in JW 1927, Seiten 1288 f. - Vgl. auch die Zusammenstellung bei Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, HdbDStR. Band 2 Seite 557

geschaffenen Landesverfassungen vom richterlichen Prüfungsrecht aus[410] und zentralisieren die Verwerfungszuständigkeit beim Landesverfassungsgericht[411]. Das Bonner Grundgesetz schließlich regelt in Art.93 Abs.1 Ziff.2 das abstrakte Normenkontrollverfahren und in Art.100 das konkrete Normenkontrollverfahren.

---

410) Im Jahre 1926 legt die Reichsregierung (der Reichsminister des Inneren) dem Reichstag den Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts vor (Verhandlungen des Reichstags, III. Wahlperiode, Drucksache Nr.2855) und setzt das richterliche Prüfungsrecht bereits als bestehend voraus; denn in diesem Entwurf sieht die Regierung in der Zentralisierung des richterlichen Prüfungsrechts nur eine Verfahrens- und Zuständigkeitsregelung; so heißt es z.B. in der amtlichen Begründung (Seite 4), da das Prüfungsrecht schon bestehe, werde "im Entwurf nur der Instanzenzug neu geregelt".

411) Z.B.: Baden Art.114 Verf.; Bayern Art.92 Verf.; Bremen Art.142 Verf.; Hessen Art.133 Verf.; Rheinland-Pfalz Art.130 III Verf., (später durch Gesetz vom 10.7.1952, GVBl S. 109, geändert); Württemberg-Baden Art.62 Verf.; Württemberg-Hohenzollern Art.133 Verf.

L e b e n s l a u f

Am 3.September 1938 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Rudolf Oswald und seiner Ehefrau Elsbeth, geb. Hoffmann, in Regensburg geboren.

Nach Besuch der Volksschule und der höheren Schule legte ich am 13.Juli 1960 am Gymnasium mit Oberrealschule in Tegernsee/Obb. die Reifeprüfung ab.

An den Universitäten München, Würzburg und Erlangen studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 1.Juli 1965 an der Universität Erlangen ab. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 23.Mai 1969 vor dem Landesjustizprüfungsamt in München ab.

Vom 1.Juli 1969 bis 30.Juni 1971 war ich in einer Bank in München tätig.

Seit 27.August 1971 bin ich Rechtsanwalt in München.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 24.Juni 1975.